Dr. Anton Heinitz

Die Straftaten wider das keimende Leben

D Rostock
1911

Die Straftaten wider das keimende Leben.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Universität Rostock i. Meckl.

vorgelegt von

Anton Heinitz,

Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

ACAD. LEGD. BAT. BIBL.

Leipzig 1911.

Druck der Spamerschen Buchdruckerei.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Zur Geschichte der Straftaten wider das keimende Leben.

§ 1. 1. Die Abtreibung in vorrömischer Zeit 1
§ 2. 2. Die Abtreibung in Rom 3
§ 3. 3. Die Abtreibung in germanischer und kirchlicher Rechtsauffassung 12
§ 4. 4. Die Entwicklung von der Carolina bis zum Reichsstrafgesetzbuche 22

II. Die Straftaten wider das keimende Leben nach geltendem Reichsstrafrecht (unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuche).

§ 5. 1. Die Verbrechenssubjekte 40
§ 6. 2. Das Verbrechensobjekt 49
§ 7. 3. Die verbrecherische Handlung (Begriff der „Abtreibung") und ihre Mittel 60
§ 8. 4. Die Formen der Verschuldung 72
5. Die einzelnen strafbaren Tatbestände im Stadium der Vollendung.
§ 9. a) Allgemeines 76
§ 10. b) Die einfache Abtreibung 79
§ 11. c) Die entgeltliche Abtreibung 86
§ 12. d) Die Abtreibung ohne Wissen oder Willen der Schwangeren 94
6. Das versuchte Abtreibungsverbrechen.
§ 13. a) Allgemeines.
Der Abtreibungsversuch der Schwangeren 99
§ 14. b) Der Abtreibungsversuch des Dritten 104
§ 15. 7. Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Der ärztliche Eingriff . 110
§ 16. 8. Konkurrierende Strafgesetze 121
§ 17. 9. Strafmaße und gerichtliche Kompetenz.
Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche.
Der Gegenentwurf der Professoren Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt 127

§ 18. **III. Die Straftaten wider das keimende Leben und die Strafrechtsreform** 133

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Ahlfeld, Nasciturus. Leipzig 1908.

— Der Arzt als Angeklagter. Sonderabdruck aus „Zeitschrift für Geburtshilfe und Gynäkologie." 1910.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. II. Bd. 1907.

Begründung des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1909.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Berolzheimer, Die Kriminalität der Abtreibung. In „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie". 1910.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Leipzig 1872.

— Handbuch des Strafrechts. I. Bd. 1885.

Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Birkmeyer, Das Strafrecht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Berlin 1904.

Boehmer, De caede infantium in utero. Halle 1732.

Brunner, Über absichtslose Missetat im altdeutschen Strafrechte. In den Sitzungsberichten der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Bd. XXXV. 1890.

— Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. Leipzig 1906.

v. Bülow, Zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Der sog. untaugliche Versuch. In der Deutschen Juristenzeitung. Jahrgang 1910, Nr. 4. Berlin.

v. Buri, Vorsatz und Fahrlässigkeit. In „Der Gerichtssaal" Bd. 29. Beilageheft.

van Calker, Frauenheilkunde und Strafrecht. Straßburg 1908.

Cropp, De praeseptis iuris Romani circa puniendum conatum. Heidelberg 1813.

Dorn, Strafrecht und Sittlichkeit. München 1907.

Ehinger-Kimmig, Ursprung und Entwicklungsgeschichte der Bestrafung der Fruchtabtreibung. München 1910.

v. Fabrice, Die Lehre von der Kindesabtreibung und vom Kindesmord. 2. Aufl. Berlin 1905.

v. Feuerbach, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts. Gießen 1801.

Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. Tübingen 1908.

Fricke, Das Verbrechen der Abtreibung. Borna-Leipzig 1909.

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 5. Aufl. Leipzig 1903.
Garçon, Code pénal annoté. Bd. II. Paris 1904.
Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1861/62.
Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Bes. Teil, München 1884.
Geyer-Merkel, Das Strafrecht. In v. Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 5. Aufl. Leipzig 1890.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten. 2. Teil. Berlin 1852.
Grabowsky, Das Recht über sich selbst. In „Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik" Bd. 36. 1909.
— Abtreibungsstrafe und Interessenschutz. In „Dokumente des Fortschritts". Berlin 1910.
Haeckel, Die Lebenswunder. Stuttgart 1904.
Hälschner, Zur Auslegung der §§ 218 und 219 des Deutschen Strafgesetzbuchs. In „Der Gerichtssaal" Bd. 32. Stuttgart 1880.
— Das gemeine Deutsche Strafrecht. Bd. II. 1884.
Hafter, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. Berlin 1903.
— Mutterschutz und Strafrecht. Bern 1910.
Heffter, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. 6. Aufl. Braunschweig 1857.
Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation. Berlin 1889.
— Rechtsmäßiges und rechtswidriges Handeln. Berufsrechte und verwandte Fälle. In „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts". Allg. Teil. Bd. IV. 1908.
— Die Grenze zwischen Frucht- und Menschenleben. In „Österreichische Zeitschrift für Strafrecht". 1. Jahrgang. Wien 1910.
— Der ärztliche Eingriff im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Sonderabdruck aus der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. Heidelberg 1910.
— Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch in seiner Bedeutung für den Arzt. Sonderabdruck aus der Deutschen medizinischen Wochenschrift. 1910.
Henke, Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik. Bd. 2. Berlin und Stettin 1826.
Hiller, Das Recht über sich selbst. Heidelberg 1908.
Hinschius, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland. 5 Bde. Berlin 1869—1895.
Hirsch, Über Fruchtabtreibung. In „Sexual-Probleme", 6. Jahrg. 5. Heft. 1910.
v. Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts. 3. Bd. 1874.
Holzapfel, Heilkunde und Strafrecht. In „Münch. medizinische Wochenschrift" 1910, Nr. 31.

Horch, Das Verbrechen der Abtreibung. Mainz 1874.
Horch-v. Franqué, Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkte der lex ferenda. In „Juristisch-psychiatrische Grenzfragen". Bd. VII, Heft 4. Halle 1910.
Hrehorowicz, Das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht. Dorpat 1876.
Hübler, Kirchenrechtsquellen. Berlin 1902.
Jaffé, Geburtshilfe und Strafrecht. In „Zentralblatt für Gynäkologie" 1910, Nr. 9.
Jarcke, Versuch einer Darstellung des zensorischen Strafrechts der Römer. Bonn 1824.
— Handbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Bd. III. Berlin 1830.
Jellinek (Camilla), Frauenforderungen zur deutschen Strafrechtsreform. In „Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform". Heidelberg 1908.
— Die Strafrechtsreform und die §§ 218 und 219 StGB. In „Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform". Heidelberg 1908/09.
Jhering, Der Zweck im Recht. 3. Aufl. Leipzig 1898.
Jungmann, Das Verbrechen der Abtreibung. München 1893.
Kahl, Der Arzt im Strafrecht. Jena 1908.
Katzenstein, Die vorsätzliche Tötung nach geltendem Recht. In „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" Bd. 24.
Knapp, Das alte Nürnberger Kriminalrecht. Berlin 1896.
Kohler, Der strafbare Versuch, insbesondere der sogen. untaugliche Versuch. In „Studien aus dem Strafrecht" Bd. I. Mannheim 1890.
— Das Strafrecht der Italienischen Statuten vom 12.—16. Jahrhundert. In „Studien aus dem Strafrecht" Bd. IV. Mannheim 1896.
— Einführung in die Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Leipzig 1908.
v. Kries, Ein Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme. In „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" Bd. 7.
Lammasch, Grundriß des Strafrechts. 1906.
Lewin-Breuning, Die Fruchtabtreibung durch Gifte und andere Mittel. 2. Aufl. Berlin 1904.
v. Lilienthal, Die pflichtgemäße ärztliche Handlung und das Strafrecht. In „Festgabe zur Feier des 50. Jahrestages der Doktor-Promotion von E. J. Bekker". 1899.
— Die Strafbarkeit der juristischen Personen. In „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts". Allg. Teil. Bd. V. Berlin 1908.
— Verbrechen und Vergehen gegen das Leben, Zweikampf, Körperverletzung im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Sonderabdruck aus: „Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs" Bd. II. Berlin 1910.

v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 16. u. 17. Aufl. Berlin 1908[1]).

— Tötung und Lebensgefährdung. In „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts". Bes. Teil, Bd. V. Berlin 1905.

— (Eduard), Die kriminelle Fruchtabtreibung. Bd. I. Zürich 1910.

Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts. 1895.

Löwe-Hellweg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Berlin 1904.

Martin, Lehrbuch des Teutschen Gemeinen Criminalrechts. 2. Aufl. Heidelberg 1829.

Mayer, Die letzte Reichsgerichtsentscheidung über den untauglichen Versuch. In „Deutsche Juristenzeitung" Jahrgang 1902, Heft Nr. 14.

Meißner, Die willkürliche Regelung der Geburten im Lichte des Rechts, der Moral und der Gesundheit. Berlin 1911.

Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 6. Aufl. Leipzig 1907.

Mittelstein, Mensch und Leichnam als Rechtsobjekt. In „Goltdammers Archiv" Bd. 34. Berlin 1886.

Mittermaier, Der Versuch des Verbrechens der Abtreibung der Leibesfrucht nach der neuesten Rechtsübung und den Ergebnissen der naturwissenschaftlichen Forschungen. In „Der Gerichtssaal" 7. Jahrg. 1855.

Mommsen, Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.

München, Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht. Bd. 2. Köln 1874.

Näcke, Strafrechtsreform und Abtreibung. In Gross' „Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik" Bd. 33. Leipzig 1909.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8. Aufl. Berlin 1909.

Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. Basel 1892.

Oppenheimer, Das Bevölkerungsgesetz des T. R. Malthus und der neueren Nationalökonomie. Berlin-Bern 1901.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.

Ortloff, Die strafbaren Handlungen nach Deutschlands Reichsrecht und Praxis. München und Leipzig 1883.

— Kind oder Fœtus? In „Gerichtlich-medizinische Fälle und Abhandlungen" Heft 1. 1887.

---

[1]) Während Anfertigung der Arbeit erschien die (die allgemeinen Lehren des Strafrechts enthaltende) erste Lieferung der 18. Auflage dieses Lehrbuches. Aus Gründen der Einheitlichkeit ist jedoch stets die 16.—17. Auflage zitiert.

Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht im Deutschen Mittelalter. 1860.

— Das Strafrecht der Langobarden. 1863.

Petition des Bundes Deutscher Frauenvereine zur Reform des Strafgesetzbuchs und der Strafprozeßordnung. Nach den Beschlüssen der Generalversammlung zu Breslau im Auftrage der Rechtskommission ausgearbeitet von Camilla Jellinek. Dem Deutschen Reichstag, Bundesrat und dem Reichsjustizamt eingereicht im Juni 1909.

Peters, Zur Frage der Notwendigkeit gesetzlicher Bestimmungen zum künstlichen Abortus. In „Zentralblatt für Gynäkologie" 1910, Nr. 22.

Pfizer, Das Verbrechen der Lohnabtreibung. In „Der Gerichtssaal" Bd. 28. 1876.

Polag, Die Berechtigung des künstlichen Abortus. Straßburg 1909.

Quanter, Die Sittlichkeitsverbrechen im Laufe der Jahrhunderte und ihre strafrechtliche Beurteilung. 3. Aufl. Berlin 1904.

Quistorp, Grundsätze des Deutschen Peinlichen Rechts. 4. Aufl. Rostock und Leipzig 1789.

Radbruch, Abtreibung. In „Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts". Bes. Teil. Bd. V. Berlin 1905.

— Geburtshilfe und Strafrecht. Jena 1907.

— Erfolghaftung. In „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts". Allg. Teil. Bd. II. Berlin 1908.

Raschke (Marie), Die Vernichtung des keimenden Lebens. 3. Aufl.

Rehm, Über die Bestrafung der Abtreibung der Leibesfrucht. In „Der Gerichtssaal" Bd. 8. 1856.

Reich, Geschichte und Gefahren der Fruchtabtreibung. 2. Aufl. Leipzig 1893.

Rein, Das Criminalrecht der Römer. Leipzig 1844.

Richter, Über die Notwendigkeit gesetzlicher Bestimmungen betr. die künstliche Unterbrechung der Schwangerschaft. In „Münch. medizinische Wochenschrift" 1910, Nr. 29.

Richter - Dove - Kahl, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 8. Aufl. Leipzig 1886.

Rosenberg, Strafbare Handlungen. In „Der Gerichtssaal" Bd. 62.

Rotering, Die chirurgische Operation, insbesondere die Perforation als Ausnahme von der Norm. In „Goltdammers Archiv" 1882.

Rouyer, Etudes médicales sur l'ancienne Rome. Paris 1859.

Rüdorff - Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1892.

Scherbius, Ein Beitrag zu der Lehre von der Abtreibung. Berlin 1909.

Schickele, Strafrecht und Heilkunde. Wiesbaden 1909.

Schliebeck, Die zeitliche Scheidung des Fruchtlebens vom Menschenleben im Strafrecht. Borna-Leipzig 1910.

Schmidt (Richard), Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. Jena 1900.

Schmitt, Über Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des kunstgerechten operativen Eingriffs. In „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ Bd. 31. 1910/11.

Schneickert, Das Verbrechen der Abtreibung und die Reform des Strafrechts. In Gross' „Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik“ Bd. 18. Leipzig 1905.

Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.

Schultzenstein, Die Beseitigung des keimenden Lebens. In „Gesetz und Recht“ 7. Jahrg. 1906.

— Das Abtreibungsverbrechen in Frankreich. Sonderabdruck aus „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft“ Bd. XVII u. XVIII.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1884.

Sippel, Über die Berechtigung der Vernichtung des kindlichen Lebens zur Rettung der Mutter. Tübingen 1902.

Spangenberg, Über das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht. In „Neues Archiv des Criminalrechts“ Bd. 2. 1818.

Stein, Der künstliche Abortus im Lichte des Strafgesetzes. Leipzig.

Stenglein, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. München 1862.

v. Sterneck, Zur Frage der Abtreibung. In Groß' „Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik“ Bd. 22. Leipzig 1906.

Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. Berlin 1898.

Straßmann, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin. Stuttgart 1895.

v. Streitberg, (Gisela) Das Recht zur Beseitigung keimenden Lebens. Oranienburg-Berlin.

Stöcker (Helene), Strafrechtsreform und Abtreibung. In „Die neue Generation“ Heft Nr. 11. 1908.

Thomsen, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte. 1895.

— Das Deutsche Strafrecht. Berlin 1906/07.

Thorn, Die Notwendigkeit gesetzlicher Bestimmungen für den künstlichen Abortus. In „Zentralblatt für Gynäkologie“ 1910, Nr. 15.

Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der Deutschen Strafgesetzkunde. 1. Bd., 2. Aufl. Halle 1822.

Veit, Über kriminellen Abortus. In „Deutsche medizinische Wochenschrift“ 1886, Nr. 51.

Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz. Berlin 1893.

— Strafrecht. In v. Holtzendorff-Kohlers „Enzyklopädie der Rechtswissenschaft“. 2. Bd., 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1904.

— Die Tötungsdelikte. Berlin 1909.

Wächter, Ehescheidungen bei den Römern. Stuttgart 1822.

— Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts. Stuttgart 1825.

v. Wächter, Über den Tatbestand des Verbrechens der Kindesabtreibung. In „Der Gerichtssaal“ Bd. 29. 1877.

— Deutsches Strafrecht. Leipzig 1881.

Wein, Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffes. Borna-Leipzig 1908.

Weinberg, Die Vernichtung des keimenden Lebens. In „Mutterschutz, Zeitschrift zur Reform der sexuellen Ethik“ 1. Jahrg., Heft 8. 1905.

Wilda, Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.

Wilhelm, Frauenheilkunde und Strafrecht. In „Monatsschrift für Kriminalpsychologie“ . 1910.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. In „Archiv für die zivilistische Praxis“ Bd. 99.

I. Zur Geschichte der Straftaten wider das keimende Leben.

1. Die Abtreibung in vorrömischer Zeit.

§ 1.

Lange ehe die staatliche Strafgewalt das keimende Leben im Mutterschoße mit ihrem Schutz umgab, war die Tatsache der menschlichen Einwirkungsmöglichkeit auf das Fortleben der Leibesfrucht den Völkern des Altertums bekannt.

Bei der Dürftigkeit der die Tötung der Leibesfrucht behandelnden geschichtlichen Aufzeichnungen aus vorrömischer Zeit ist jedenfalls dies eine Moment mit annähernder Sicherheit erkennbar: die Straflosigkeit der Abtreibung und die der Schwangeren — von Staats wegen — eingeräumte freieste Entscheidungsbefugnis über Leben oder Tod des Embryo. — Dieser individualistischen Willkür gegenüber legte allerdings der Staat sich selbst bezüglich etwaiger Eingriffe in den Fortbestand des keimenden Lebens gewisse Schranken auf; schon bei den Ägyptern wie bei den Griechen durfte nämlich — offenbar aus Gründen sakraler Natur — die Todesstrafe an einer Schwangeren erst nach Geburt des Kindes vollstreckt werden[1]).

Wo dagegen wirtschaftliche Gesichtspunkte in den Vordergrund treten, wird die Abtreibung als ein Mittel zu vernunftgemäßer Beschränkung der Bevölkerungsziffer befürwortet, mit besonderem Nachdruck von Aristoteles in seiner „Politik“[2]). Auf den gleichen Standpunkt hatte sich zuvor schon Plato

---

[1]) Plutarch, Scripta moralia, cap. 16 (so noch heute § 485 Abs. 2 StPO.).

[2]) Liber septimus, cap. 14: *„ὥρισται γὰρ δὴ τῆς τεκνοποιίας τὸ πλῆθος; ἐὰν δὲ τισι γίγνηται παρὰ ταῦτα συνδυασθέντων πρὶν αἴσθησιν ἐγγενέσθαι καὶ ζωήν, ἐμποιεῖσθαι δεῖ τὴν ἄμβλωσιν.*

gestellt, der anriet, „wenn die Weiber und die Männer über das Alter der Erzeugung hinaus sind . . ., am meisten dahin zu trachten, daß keine einzige Frucht, wenn sie empfangen ward, das Licht erblicke . . .“ [3]), ein Gedanke, der uns mit seiner Tendenz der Zuchtwahl und Rassenveredlung, gerichtet auf die Erzielung einer lebenskräftigen Nachkommenschaft aus der Vereinigung gesunder und frischblütiger Menschen, ganz modern-evolutionistisch anmutet[4]).

Bei solcher Indifferenz oder gar Wohlwollen, das Wissenschaft, Recht und Gesetz als Niederschlag der herrschenden Auffassung der Vernichtung des keimenden Lebens gegenüber an den Tag legten, war diese naturgemäß außerordentlich verbreitet, und die Kenntnis von den Mitteln der Abtreibung bei den Frauen und Ärzten des Altertums verhältnismäßig weit vorgeschritten. Nach einer späteren Aufzeichnung waren der begabtesten und berühmtesten Hetäre Griechenlands, Aspasia, Abortivmittel in einer Fülle bekannt, die unseren „femmes sages“ alle Ehre machen würde. Und der griechische Arzt Hippokrates, der Vater der Heilkunde, berichtet selbst von einer — allerdings sehr primitiven — Abtreibungshandlung, die eine Sklavin auf seinen Rat durch fortgesetzte heftige Tanzbewegungen erfolgreich vorgenommen habe[5]). Auch gibt Hippokrates an anderer Stelle ebenfalls eine Aufzählung der zu Abtreibungszwecken geeigneten Mittel[6]). Von der religiös-philosophischen Vorstellung geleitet, daß die Leibesfrucht mit dem vierzigsten Tage seit der Empfängnis Beseelung und Leben erlange[7]), schränkte er allerdings die operativen Einwirkungen von ärztlicher Seite insofern ein, als er seinen Schülern jeden Eingriff von obigem Zeitpunkt an feierlich unter-

---

[3]) *πολιτεία* V, 9: „. . . *προθυμεῖσθαι μάλιστα μὲν μηδ' εἰς φῶς ἐκφέρειν μηδὲ γε ἔν, ἐὰν γένηται* . . .

[4]) Diesen Gedanken weiter ausbauend, befahlen sogar griechische Gesetze — ebenso wie später das römische Zwölftafelgesetz — die Tötung schwächlicher und unschön gestalteter Kinder.

[5]) Opera Tomus I, pag. 386.

[6]) *Γυναικαίων* I, 72 (Tom. VIII pag. 152): „. . . *οὐ γάρ ἐστι μὴ οὐ βιαίως φθαρῆναι, τὸ ἔμβρυον ἢ φαρμάκῳ ἢ βρωτῷ ἢ προσθέτοισιν ἢ ἄλλῳ τινί* . . .“

[7]) Die stoizistische Unterscheidung zwischen „foetus inanimatus“ und „foetus animatus“.

sagte[8]). Dafür aber, daß als einzig wirksame Garantie für die Befolgung dieses Verbots die öffentliche Strafgewalt seiner Lehre schützend zur Seite gestanden hätte, fehlt jeder Anhalt.

Auch bei den Semiten kann — wenigstens auf Grund der Bibel — von einer zielbewußten Bestrafung der Abtreibung nicht die Rede sein[9]); denn die bekannte Stelle im „Exodos"[10]) bedroht lediglich unter dem Gesichtspunkte der fahrlässigen Körperverletzung den von einem Mann aus Anlaß einer Schlägerei bei einer Schwangeren verursachten Fruchtabgang mit Strafe. Dagegen werden weder Abtreibungshandlungen der Schwangeren selbst unter Strafe gestellt, noch bildet etwa in der erwähnten Schriftstelle ein auf Herbeiführung des Fruchtabganges gerichteter Vorsatz des Mannes das strafwürdige Moment.

Jedoch erging, wenn man einem Ausspruche des Flavius Josephus Glauben schenken darf, späterhin ein die Abtreibende mit der Strafe der Kindesmörderin bedrohendes jüdisches Gesetz[11]).

2. Die Abtreibung in Rom.

§ 2.

Auch im älteren und ältesten römischen Rechte wurden Straftaten gegen das keimende Leben von der staatlichen Strafgewalt unbeachtet gelassen. Ein dem Embryo zu gewährender besonderer strafrechtlicher Schutz widersprach der durch stoizistische Ideen beherrschten römischen Auffassung

---

[8]) Opera Tomus I, pag. 2 (Hippocratis „ὅρκος").

[9]) Bei der Fruchtbarkeit und dem dem jüdischen Volk innewohnenden Gefühl für die Heiligkeit der Fortpflanzung und der Familienbande war die Abtreibung vor dem Eindringen römischer Kultur vermutlich auch wenig verbreitet.

[10]) 2. Buch Moses Kap. 21, Vers 22ff.: „Wenn sich Männer hadern und verletzen ein schwanger Weib, so ihr die Frucht abgehet und ihr kein Schaden widerfährt, so soll man ihn um Geld bestrafen, wie viel des Weibes Mann ihm auflegt, und soll es geben nach der Theidings-Leute Erkennen. Kommt ihr aber ein Schaden daraus, so soll er lassen Seele um Seele, Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß, Brand um Brand, Wunde um Wunde, Beule um Beule."

[11]) Opera, adversus Apionem lib. II cap. 24.

von der Natur des „foetus“. Die Vorstellung eines embryonalen Lebens, dessen Integrität auf Grund seiner menschlichen Wesenheit schutzwürdig sei, war den Römern fremd. Die Lehre der Stoa, die die Frucht im Mutterleibe den noch nicht zur Reife gelangten mit den Zweigen fest verbundenen Früchten des Baumes verglich[1]), hat in der römischen Rechtsprechung vielfachen Ausdruck gefunden[2]).

Bei dieser Auffassung, die auch in der Kaiserzeit beherrschend blieb, konnte von einer Bestrafung der Abtreibung als einer gegen den partus selbst gerichteten strafbaren Handlung naturgemäß keine Rede sein. Allenfalls war unter dem rechtlichen Gesichtspunkte der der Schwangeren durch einen Dritten zugefügten Körperverletzung ein Schadenersatzanspruch nach der lex Aquilia begründet[3]). Als Verbrechen gegen das Leben (homicidium oder parricidium) wurde die Abtreibung der Leibesfrucht, da diese nicht als „homo“ oder „infans“, sondern als „portio viscerum“ galt. strafrechtlich nicht geahndet.

Wohl aber mag dieser mangelnde strafrechtliche Schutz schon im ältesten Rom bis zu einem gewissen Grade durch die an keine Normen gebundene „Hauszucht“[4]) ersetzt worden sein. Die unbeschränkte Macht, die dem Inhaber der „patria potestas“ über Leib und Leben seiner Gewaltunterworfenen eignete, dürfte in der Königszeit und in den ersten Jahrhunderten der Republik notwendig zu einer Beschränkung der Abtreibung geführt haben, da der pater familias — ein König und Richter im kleinen — für das Blühen und die Entwickelung des ihm unterstehenden kleinen Hausstaates verantwortlich, Abtreibungshandlungen der hausuntertänigen

---

[1]) Plutarch, Placit. philos. V, 15.

[2]) Vgl. insbes. l. 1 § 1 D. 25, 4: partus mulieris portio est vel viscerum,
l. 9 § 1 D. 35, 2: partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur,
l. 2 D. 11, 8: ... qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.

[3]) Vgl. l. 27 § 22 D. ad legem Aquiliam: „Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa ciecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto.“

[4]) Vgl. über diese „coercitio“ oder „disciplina“ Mommsen S. 16ff.

Schwangeren (wenigstens vor der Zeit des gänzlichen Sittenverfalls) mit autokratischer Strenge geahndet haben mag.

Daß die Abtreibung auch von Staats wegen als unsittlich angesehen wurde, beweist die Tätigkeit der römischen Sittenpolizei, einer Administrativgerichtsbarkeit, die von den Zensoren auf Grund des „regimen morum" ausgeübt wurde und zu deren Obliegenheiten die Fürsorge für die Erzielung einer möglichst zahlreichen Nachkommenschaft („proles augenda") gehörte[5]). Eine etwaige Beteiligung des pater familias oder eines anderen Mannes an Abtreibungshandlungen der Schwangeren unterlag demgemäß der zensorischen Rüge, die die Ausstoßung aus dem Senat oder die Entziehung anderer Ehrenämter zur Folge haben konnte.

Daß schon die leges regiae in Abtreibungshandlungen der schwangeren Ehefrau einen Scheidungsgrund für den Ehemann erblickten, wird auf Grund einer Äußerung des Plutarch angenommen[6]).

Erst als mit zunehmender Lockerung der römischen Sittenstrenge gegen Ende der Republik und in der Kaiserzeit auch die Straffheit der Hauszucht nachließ, mußte sich mit dem hierdurch bedingten Überhandnehmen der Abtreibung das Fehlen jeder staatlichen Strafandrohung fühlbar machen. Die dreiste Offenheit und Selbstverständlichkeit, mit der Abtreibungshandlungen insbesondere in den Zeiten tiefster Sittenzerrüttung des kaiserlichen Roms allgemein ausgeübt wurden, schildert Rouyer in seinen „Études médicales sur l'ancienne Rome"[7]) folgendermaßen:

„Die Abtreibung der Leibesfrucht, in Rom zuerst geheim betrieben, ward im Laufe der Zeit ein so zulässiger und all-

---

[5]) Über die Überwachung des römischen Ehelebens durch die Zensoren vgl. insbes. Jarcke, Versuch einer Darstellung des zensorischen Strafrechts der Römer, S. 31ff. Übrigens lag das schon gegen Ende der Republik allmählich verschwindende Amt der Zensoren später als „censoria potestas" in den Händen des Kaisers.

[6]) Plutarch, Romulus 22: *„ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων."* Vgl. hierüber Mommsen S. 636, Rein S. 446 und Wächter S. 24. Jedenfalls ist diese Bestimmung, deren Entstehung in der Königszeit nicht unbestritten ist (Rein S. 446, Anm. 2), in der Kaiserzeit durch die Nov. 22, cap. 16 § 1 und Nov. 31 Leonis von neuem kodifiziert worden.

[7]) S. 70 (vgl. Reich S. 14).

gemeiner Gebrauch, daß das Beispiel derselben auch im Palast der Kaiser gegeben wurde; man sprach davon im Theater wie von einer gewöhnlichen, ganz natürlichen Angelegenheit . . ."

Eine wie bedeutsame und geradezu notwendige Folgeerscheinung in dem Geschlechtsleben der Römerinnen dieser Periode die Abtreibung bildete, beweist insbesondere auch die Tatsache, daß die Vernichtung des keimenden Lebens in den erotischen, satirischen und philosophischen Schriften der damaligen Zeit eine hervorragende Rolle spielt: Ovid[8]), Juvenal[9]), Aulus Gellius[10]), Plautus[11]), Seneca[12]) und andere führende Geister Roms zeugen beredt von dem Sittenverfall und der tiefen Abneigung, die die römische Frau, von Eitelkeit, Bequemlichkeit und zügellosester Wollust getrieben, gegen Fruchtbarkeit und Mutterschaft hegte.

Es ist bezeichnend, daß man der hierdurch hervorgerufenen Kinderarmut nicht unmittelbar dadurch zu steuern suchte, daß man die Abtreibung unter Strafe stellte, sondern daß lediglich auf Grund einer unter Augustus erlassenen lex Julia et Papia Poppaea unverheiratete und kinderlose Personen gewisse öffentlichrechtliche und erbrechtliche Benachteiligungen erfuhren und zugleich für die Frauen auf die Geburt einer bestimmten Anzahl von Kindern eine Prämie in Gestalt der Befreiung von der tutela mulierum gesetzt wurde (sog. ius trium vel quattuor liberorum).

Die Annahme, daß in republikanischer Zeit von einer staatlichen Bestrafung der Abtreibung noch nicht die Rede war, wird durch eine Äußerung des Cicero in seiner oratio pro Cluentio zur Gewißheit. Der Redner erzählt hier einen

---

[8]) Amorum liber II, Eleg. 13, 14; Heroides, epist. XI, Vers 37ff.; Fastorum liber I, Vers 619ff.

[9]) Satir. II, Vers 32ff., VI, Vers 366ff. und 594ff.

[10]) Noctes atticae, lib. XII cap. 1 (ein Hymnus auf die Heiligkeit der Mutterschaft).

[11]) Truculentus I, Vers 98, 99.

[12]) Ad Helviam matrem de consolatione lib. unus cap. XVI (ein für die ungeheure Verbreitung der Abtreibung sehr bezeichnender Ausspruch: Der Philosoph hebt es als eine Besonderheit ausdrücklich hervor, daß Helvia sich ihrer Fruchtbarkeit nie geschämt und niemals „more aliarum" abtreibende Mittel gebraucht habe).

ihm während seines Aufenthalts in Asien bekannt gewordenen Vorfall des Inhalts, daß eine schwangere Frau aus Milet, von Verwandten (deren Erbrecht durch die Geburt eines Kindes beseitigt worden wäre) bestochen, sich die Leibesfrucht abgetrieben und dafür Kapitalstrafe erlitten habe[13]), und zwar, wie Cicero fortfährt, mit Recht, da sie hierdurch die Hoffnung des Vaters und der Familie auf einen Erben sowie die Hoffnung des Staates auf einen Bürger zunichte gemacht habe. Gerade dieser Hinweis auf eine strafrechtliche Sühnung der Abtreibung, die sich außerhalb Roms abspielte[14]), beweist (wie übereinstimmend und wohl zutreffend angenommen wird[15]), daß das römische Recht eine entsprechende Bestimmung nicht aufwies, da Cicero in diesem Falle nicht ein fremdes Ereignis herangezogen hätte. Die Art und Weise, in der Cicero den Rechtsfall erzählt und die Bestrafung der Frau gutheißt, erweckt vielmehr den Anschein, daß er damit zugleich die an die Römer gerichtete ernste Mahnung zu einer — bei der wachsenden Sittenverderbnis dringend notwendigen — gesetzlichen Regelung der Strafbarkeit der Abtreibung verbinden wollte.

Bei dem Beispiel üppigster und ausschweifendster Geschlechtslust, das die römischen Herrscherfamilien ihren Untertanen gaben und das eine außerordentliche Verbreitung der Abtreibung gerade an diesen in erster Reihe zur Besserung der bestehenden Zustände berufenen Stellen bedingte[16])

---

[13]) Cap. 11 § 32: „Memoria teneo, Milesiam quandam mulierem cum essem in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset rei capitalis esse damnatam . . .", ein Ausspruch, der, wie später zu erörtern, von Tryphoninus zitiert, Aufnahme in die Digesten gefunden hat.

[14]) Vermutlich handelte es sich um die mehr oder weniger willkürliche Bestrafung einer unter athenischem Rechte lebenden Peregrinen durch einen römischen Präfekten. (Horch S. 5, Lewin S. 59, Hrehorowicz S. 50, Jungmann S. 9, Spangenberg S. 28, 30.)

[15]) Vgl. insbes. Rein S. 447 und die in Anm. 14 zit. Schriftsteller.

[16]) Vgl. u. a. Tacitus Annal. XIV, 63, wo Nero seine Gattin Octavia des Ehebruchs und der Abtreibung bezichtigt, und C. Suet. Tranquillus, der in seiner Biographie des Domitianus (cap. 22) berichtet, wie dieser seine Nichte Julia verführt und dann zur Abtreibung gezwungen habe (ein Vorfall, auf den sich auch die oben [Anm. 9] zit. Äußerung des Juvenal — Sat. II, Vers 32, 33 — bezieht).

mußte für die Kaiser der Antrieb, die Strafbarkeit der Abtreibung gesetzlich festzulegen, naturgemäß äußerst gering sein.

Das Eingreifen der staatlichen Strafgewalt, das endlich — über 200 Jahre n. Chr. — erfolgte, ist denn auch als ein sehr zaghaftes zu bezeichnen. Das die Abtreibung der Leibesfrucht in bestimmten Grenzen mit Strafe bedrohende, von den Kaisern Septimius Severus und Antoninus Caracalla erlassene Reskript trägt, wie Lewin[17]) zutreffend sagt, in seiner Halbheit „den ganzen Stempel eines Gelegenheitsgesetzes", das — nach seiner Begründung zu schließen — von den beiden Herrschern wohl lediglich unter dem Drucke der Klage eines um seine Vaterhoffnung betrogenen Römers erlassen worden ist.

Dieses Reskript wird von Marcian (l. 4 D. de extraordinariis criminibus 47, 11) folgendermaßen wiedergegeben:

„Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse"[18]).

Der weittragende Gesichtspunkt des staatlichen Interesses an dem „designatus rei publicae civis", den bereits Cicero in dem oben erwähnten Ausspruch als u. a. für die Bestrafung der Abtreibung rechtspolitisch maßgebend bezeichnet hatte, wurde mithin in dieser ersten gesetzlichen Strafandrohung — eben mangels eines in Rom tatsächlich vorhandenen Interesses der Staatsgewalt — ganz außer acht gelassen, und in engherziger Auffassung lediglich die durch die Abtreibung getäuschte „spes parentis" als das strafwürdige Moment erachtet. Diese Erwägung, daß die Abtreibung der Leibesfrucht als ein den berechtigten Anspruch des Gatten auf Nachkommenschaft verletzender Eingriff der Ehefrau strafbar sei, ist im römischen Rechte der für die Bestrafung dieses Verbrechens vorwiegend maßgebende Gesichtspunkt geblieben. In der sich hieraus notwendig ergebenden Beschränkung der Strafbarkeit auf die Ehefrau, die die Abtreibung

---

[17]) S. 58.

[18]) In der ausdrücklichen Begründung dieser Strafvorschrift sieht Hrehorowicz (S. 50) mit Recht einen weiteren Beweis dafür, daß vorher ein die Abtreibung mit Strafe bedrohendes Gesetz nicht bestand.

gegen den Willen des Ehemannes vorgenommen hatte. liegt demzufolge die Dürftigkeit des kaiserlichen Reskripts.

Eine geringe Ausdehnung erfuhr diese Bestimmung durch ein weiteres Reskript der Kaiser Severus und Caracalla, das auch Abtreibungshandlungen von Ehefrauen nach erfolgter Ehescheidung mit Strafe bedrohte[19]). Dies finden wir als ein Fragment des Tryphoninus in l. 39 D. de poenis 48, 19 wiedergegeben. Tryphoninus beginnt hier mit einem Zitat aus Cicero, das den in der Rede pro Cluentio enthaltenen oben erwähnten Vorfall betr. die „capitaliter" bestrafte milesische Frau zum Gegenstande hat[20]), und fährt dann fort: „sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est".

Die im Wege der extraordinaria cognitio verhängte Strafe bestand also in beiden Fällen, sowohl bei der Abtreibung vor als auch nach dem „divortium", in zeitweiliger Verbannung der Ehefrau.

Über diese engen Grenzen der Strafbarkeit der Abtreibung selbst ist das römische Recht nicht hinausgegangen. Es gab daher keine gerichtliche Strafe für die von ledigen Schwangeren vorgenommenen Abtreibungshandlungen, selbst wenn die Schwangerschaft einem dauernden concubinatus entstammte.

Dieser Tatsache steht auch — bei sinngemäßer Interpretation — die l. 8 D. ad legem Corneliam de sicariis et

---

[19]) Möglicherweise waren beide Fälle in ein- und demselben Reskript enthalten; dann wäre das Reskript insbesondere in der vorher erwähnten dem Marcian entnommenen Digestenstelle unvollständig zitiert.

[20]) Einzig Jungmann S. 9 nimmt an, daß auch dieses Zitat aus Cicero durch Aufnahme in die Digesten Gesetzeskraft erlangt habe, daß demnach die Abtreibung gegen Gewährung von Vorteilen („accepta pecunia" s. Anm. 14) auch in Rom als Kapitalverbrechen gestraft wurde. Diese Auffassung, die zu einer schwer lösbaren Antinomie mit der zweiten Hälfte der l. 39 D. 48, 19 und der l. 4 D. 47, 11 führen würde, muß mit Spangenberg (S. 29), Hrehorowicz (S. 51) und Lewin (S. 58) als unzutreffend bezeichnet werden. Fraglos charakterisiert sich dieser erste Teil der den Disputationen des Tryphonin entnommenen Digestenstelle als sog. verba discursiva, die lediglich eine historische Einleitung und rhetorische Überleitung zu der nun folgenden Gesetzesstelle bilden.

veneficis 48, 8 nicht entgegen. Das dem 33. Buche „ad edictum" entnommene Fragment des Ulpian lautet: „Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget." Hieraus haben, wie es auf den ersten Blick auch gerechtfertigt erscheinen möchte, Rein[21]) und Kohler[22]) die allgemeine Strafbarkeit der Fruchtabtreibung nach römischem Recht herleiten wollen. Wäre diese Auffassung zutreffend, so würde sich der sinnlose Widerspruch ergeben, daß jede Schwangere — die Ehefrau und die Ledige — mit dem Exil, dagegen — auf Grund der anderen Gesetzesstellen — die Ehefrau (vor und nach dem divortium) nur mit dem „temporale exilium" bestraft wurde.

Dem ist aber nicht so: Wie bereits Böhmer[23]) aus der Entstehungsgeschichte der l. 8 D. 48, 8 nachgewiesen hat, verwendet Ulpian in dem Zusammenhange seines Ediktkommentars, aus dem das Fragment stammt, das Wort „mulier" nicht in dem Sinne von Weib im allgemeinen, sondern im Gegensatze zu „uxor" in der begriffstechnischen Bedeutung der geschiedenen Ehefrau. Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich ohne weiteres, daß die dem Ulpian entnommene Gesetzstelle nichts anderes als eine — lediglich durch Fortlassung des Wortes „temporale" entstellte — ungenaue Widergabe der Tryphoninischen lex ist. Eine allgemeine Bestrafung der Abtreibung kann mithin — im Widerspruche mit Rein und Kohler — aus der l. 8 D. 48, 8 keineswegs gefolgert werden[24]).

---

[21]) S. 448.

[22]) Studien aus dem Strafrecht IV, S. 334.

[23]) „De caede infantium in utero" S. 14.

[24]) Dies die herrschende Meinung (vgl. Hrehorowicz S. 51ff., Spangenberg S. 25, Horch S. 67, Jungmann S. 10, Lewin S. 59). Ehinger - Kimmig (S. 37) schließt sich zwar ebenfalls der Ansicht Böhmers über die Entstehung dieser lex an, meint jedoch, daß die Praxis dem ursprünglichen Sinne der Vorschrift zuwider diese ihrem Wortlaut entsprechend angewendet und daher die Abtreibung allgemein gestraft habe. Dies halte ich unter Berücksichtigung der Sittenzustände des kaiserlichen Roms für wenig wahrscheinlich.

Allerdings geht es m. E. zu weit, wenn Hrehorowicz (S. 54) und Lewin (S. 60) als weiteren Beleg für die im Texte verfochtene Ansicht die bereits in Anm. 6 erwähnte Tatsache anführen, daß Justinian in Nov. 22, 16 das dem Ehemann bei böslicher Abtreibung seitens der

Eine vermutlich recht wirksame Handhabe gegen die Abtreibung gab die kaiserliche Kodifikation allerdings dadurch, daß sie mit verhältnismäßig strenger Strafandrohung gegen die Quacksalber vorging, die ihr Unwesen in Rom zu der damaligen Zeit in großem Umfange getrieben haben müssen. Das — hinsichtlich einer allgemeinen Bestrafung der Abtreibung selbst fehlende — Interesse an der Unschädlichmachung dieser Personen wurde offenbar im wesentlichen durch die Gefährlichkeit ihres Handwerks bedingt, da nur allzu oft der Genuß der zu Abtreibungszwecken verkauften Tränke und Gifte eine dauernde Gesundheitsschädigung oder gar den Tod der Schwangeren herbeigeführt haben mag. Diesen unerwünschten Folgen zu steuern, bestimmte die dem 5. Buche der Sentenzen des Paulus entnommene l. 38 § 5 D. de poenis 48, 19: „Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur, quodsi eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur“[25]).

Ehefrau zustehende Scheidungsrecht kodifizierte. Aus dieser Bestimmung des Zivilrechts herzuleiten, daß es sich in Rom bei der Abtreibung stets nur um Ehefrauen handelte, ist wohl nicht angängig; denn dieser Umstand würde an sich mit der strafrechtlichen Verfolgung auch der ledigen Abtreiberin wohl vereinbar gewesen sein (vgl. heutiges Recht: § 218 StGB. und § 1568 BGB.).

[25]) Insbesondere an die Worte „etsi dolo non faciant“ hat sich eine lebhafte Kontroverse angeknüpft (vgl. u. a. Spangenberg S. 26, Rein S. 448, Hrehorowicz S. 56, Horch S. 7, Jungmann S. 11): Die einen verstehen unter dolus — fraglos unrichtig — den Tötungsvorsatz; Horch übersetzt: „auch wenn sie nicht Beihilfe zur Abtreibung leisten wollen“, Spangenberg sieht in dem dolus die Richtung des verbrecherischen Willens auf eine bestimmte Person; andere, vor allem Jungmann, fassen diese Worte folgendermaßen: auch wenn eine Schädigungsabsicht fehlt, die betreffenden Personen also ohne Anwendung von List das Mittel offen zum Zwecke der Abtreibung verkaufen.

Alle diese Auslegungen treffen m. E. nicht zu: auf Grund der oben dargelegten gesetzgeberischen Absicht, der Gefährlichkeit des Treibens der Kurpfuscher zu steuern, möchte ich die Worte „etsi dolo non faciant“ dahin verstehen, daß durch sie den Händlern die Behauptung abgeschnitten werden sollte, sie hätten bei dem Verkauf gar nicht das Bewußtsein von der Möglichkeit gehabt, daß durch den Genuß des Trankes der strafbare Erfolg des abortus eintreten werde oder könne

Hiernach wurden die Verkäufer von Abortivmitteln und Liebestränken, wenn sie den unteren Volksschichten angehörten, zu Bergwerksarbeiten verurteilt, anderenfalls auf eine Insel verbannt; außerdem trat teilweise Vermögenseinziehung ein. War der Genuß des Mittels mit tötlichem Ausgange für die Schwangere verknüpft, so wurde der Händler mit dem Tode bestraft.

Durch diese die gewerbsmäßigen Verkäufer von Abortivmitteln treffende harte Strafbestimmung wurde wenigstens ein geringes Äquivalent für die — durch die Sittenzustände des Kaiserreichs bedingte — sich in engen Grenzen bewegende und von kleinlichen Gesichtspunkten getragene Bestrafung der Abtreibung selbst geschaffen.

Mit der hochentwickelten Begriffsdurchbildung des Zivilrechts nicht Schritt haltend, hat das römische Strafrecht einen festen Versuchsbegriff niemals gewonnen. Über die Frage, ob die crimina extraordinaria im Versuchsstadium regelmäßig oder nur als selbstständige Delikte in besonders vorgesehenen Fällen (zu denen die Abtreibung nicht gehört) gestraft wurden, herrscht Streit[26]).

Teilnahmehandlungen Dritter waren jedenfalls nur im Rahmen der l. 38 § 5 D. 48, 19 strafbar.

3. Die Abtreibung in germanischer und kirchlicher Rechtsauffassung.

§ 3.

Im Gegensatze zu Rom finden sich schon in den ältesten uns überkommenen Rechtsquellen der germanischen Stämme

---

(vgl. die den Vorsatz als „Voraussicht des Erfolges" fassende sog. Vorstellungstheorie), vielmehr den Trank, auch wenn sie ihn — um sich Geld zu verdienen — als „abortionis poculum" angeboten hätten, für durchaus harmlos und zu Abtreibungszwecken ungeeignet gehalten.

Darüber, daß das Wort „homo" Mann im Gegensatze zu mulier bedeutet und sich auf „amatorium poculum" bezieht, besteht kein Zweifel mehr. Das kanonische Recht hatte hier den Foetus animatus hineingeheimnist und homo mit „Leibesfrucht" übersetzt.

[26]) Vgl. u. a. v. Holtzendorff II, S. 272, Wächter, Deutsches Strafrecht S. 204, v. Liszt S. 11, Wächter, Lehrbuch des römisch-

Aufzeichnungen, die den Beweis liefern, daß das keimende Leben einen — wenn auch meist primitiven — strafrechtlichen Schutz genoß.

Zwar vermögen wir für Deutschland selbst aus seiner ältesten Rechts- und Sittengeschichte, der „Germania" des Tacitus, eine Antwort auf diese Frage nicht zu gewinnen, wohl aber findet die Vernichtung der Leibesfrucht in den später aufgezeichneten alten skandinavischen Rechten wie auch in den auf deutschem Boden zur Entstehung gelangten leges ihre strafrechtliche Würdigung.

Die Abtreibung ist hier ein Tötungsverbrechen, deren Subjekt aber (mit einer später zu erörternden wichtigen Ausnahme) niemals die Schwangere selbst, sondern stets ein Dritter ist. Dabei war es nach germanischer Rechtsauffassung unerheblich, ob der Vorsatz des Dritten auf Vernichtung der Leibesfrucht gerichtet gewesen war. „Die strafrechtliche Haftung war Erfolghaftung"[1]). Das germanische Recht sah — wie alle jungen, psychisch unkultivierten Rechte — „in dem schädlichen Erfolge den sinnlichen Ausdruck des verbrecherischen Willens"[1]). Als „Missetat" gestraft wurde daher die eingetretene Schadenzufügung ohne Rücksicht oder wenigstens mit verhältnismäßig geringer Berücksichtigung des subjektiven Verschuldens des Täters[2]). Daher entfiel auch die strafrechtliche Ahndung des versuchten Verbrechens, zum mindesten war von der Ausbildung eines strafrechtlich relevanten Versuchsbegriffs keine Rede, und eine Bestrafung — ähnlich wie in Rom — nur insoweit möglich, als gewisse noch nicht im Stadium der Vollendung befindliche strafbare Handlungen schon den Charakter selbständiger Missetaten hatten[3]).

Die älteste uns bekannte nordgermanische Rechtsaufzeichnung, die sich mit der Tötung der Leibesfrucht befaßt, ist die

---

teutschen Strafrechts Bd. I, S. 139 und insbes. Cropp, De praeceptis iuris Romani circa puniendum conatum deliquendi (Heidelberger Preisschrift).

[1]) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I, S. 211ff.

[2]) Über die strafrechtliche Differenzierung der Fâra (Vorsatz, dolus) und des Ungefährwerkes (das Fahrlässigkeit und Zufall — culpa und casus — umschließt) vgl. Brunner a. a. O. und Brunner, Über absichtlose Missetat im altdeutschen Strafrechte.

[3]) Vgl. hierzu im einzelnen Wilda S. 599ff.

auf Island entstandene „Graugans". Diese stellte als einziges der nordischen Rechte[4]) die Tötung der Leibesfrucht auf die gleiche Stufe wie die Tötung eines lebenden Menschen, indem sie bestimmte: „Wenn eine Frau erschlagen worden, die ein lebendiges Kind trug, so sind dieses zwei Totschlagssachen; wegen des Totschlages des Kindes soll verfahren werden wie bei anderen Totschlägen."

Eine etwas geringere Wertung erfuhr das keimende Leben in den übrigen nordischen Rechtsbüchern: dem ostgotländischen Gesetzbuche[5]), dem Uplandgesetz[6]) und dem Gutalagh, dem Rechtsbuche der Insel Gotland[7]).

In allen diesen Volksrechten trägt die auf — gewollte oder ungewollte — Vernichtung der Leibesfrucht durch einen Dritten gesetzte Strafe das Gepräge des Geldersatzes, eben mit der Unterscheidung, daß die Graugans den gleichen Geldbetrag wie für die Tötung der Schwangeren selbst festsetzte, während dieser in den anderen Rechten geringer ist, nach dem Gutalagh z. B. nur die Hälfte des auf die Tötung der Mutter entfallenden Wergeldes beträgt. Das halbe Wergeld gab auch das angelsächsische Recht in den Gesetzen des Königs Aelfred[8]).

Der gleiche Grundsatz des Schadenersatzes findet sich in den meisten der zahlreichen deutschen Volksrechte, den leges barbarorum, die allerdings im einzelnen hinsichtlich der Abstufung des Wergeldes mannigfache Schattierungen aufweisen. Die Buße beträgt $^1/_7$, $^1/_6$, $^1/_3$ oder $^1/_2$ des auf die Tötung der Schwangeren entfallenden Wergeldes[9]). Auch waren vielfach

---

[4]) Grag. Vigsl. cap. 35, pag. 69; vgl. Wilda S. 13ff. und 718.

[5]) Vgl. Wilda S. 39ff. und 719.

[6]) Wilda S. 42ff., 719 und 723, Anm. 2.

[7]) Wilda S. 46ff. und 719.

[8]) Cap. IX: „Si quae femina praegnans occidatur, dum puer in ea sit, solvatur ipsa pleno gildo secundam veram patris, et partus dimidio gildo secundum veram patris."

[9]) Vgl. Lex Salica, tit. XXVI §§ 4, 5; Lex Ripuaria, tit. XXXVI, § 10; Lex Alamannorum, tit. XCI §§ 1, 2 und tit. LXXVII (Osenbrüggen, Alamannisches Strafrecht S. 228); Lex Baiuvariorum, tit. VII cap. XVIII—XXI; Edictus Longobardorum (Rotharis) lib. I tit. VIII cap. 18 und tit. IX cap. 4 (Osenbrüggen, Strafrecht der Longobarden S. 71). Dagegen bestimmte die Lex Frisionum — tit. V — ausdrücklich Straflosigkeit für die Tötung der Leibesfrucht.

noch andere Gesichtspunkte für die größere oder geringere Höhe der Strafsumme maßgebend, so der Stand der Mutter[10]), das Geschlecht des Embryo[11]), sein Reifegrad[12]) und die Art des angewendeten Abortivmittels[13]); ferner spielt die auf kanonische Einflüsse zurückzuführende Unterscheidung zwischen dem unbeseelten und dem beseelten Fötus in die Festsetzung der Wergeldhöhe hinein[14]).

Ging schon die lex Baiuvariorum mit ihren differenzierteren Strafandrohungen über den Rahmen der übrigen Volksrechte hinaus[15]), so muß die strafrechtliche Behandlung der Abtreibung durch die lex Visigothorum geradezu als ein bedeutender kultureller Fortschritt bezeichnet werden. Dieses Gesetzbuch des Westgotenreichs, das sich von den übrigen germanischen Rechtsbüchern durch die geistige Durchdringung und feine Durchbildung des Stoffes beträchtlich abhebt[16]), enthält in seinem 6. Buche (tit. III cap. 1—7) eine Fülle von strafrechtlichen Bestimmungen gegen die Abtreibung, die zum größten Teil noch aus den in der sog. „Antiqua" gesammelten Gesetzen der älteren Westgotenkönige herrühren.

Was zunächst diese in Kap. 1—6 wiedergegebenen der Antiqua entnommenen Strafvorschriften betrifft, so finden sich auch hier die üblichen Abstufungen des Geldersatzes nach dem Stande der Schwangeren und des abtreibenden Dritten, sowie die kirchliche Unterscheidung zwischen der Tötung des foetus formatus und informis. Doch auch die — die bayrische Gesetz-

---

[10]) Ed. Rothar und lex Baiuvar.

[11]) Lex Alamann.: Falls das Geschlecht schon erkennbar, wurde die Tötung des männlichen Embryo mit 12, die des weiblichen mit 24 Solidi gebüßt.

[12]) Die später im friesischen Rechte geltenden „Willküren der Brokmänner" stuften das Wergeld nach dem Alter der Leibesfrucht monatsweise ab; für die Tötung des bereits im 7. oder einem späteren Monate befindlichen Embryo war das volle Wergeld der Mutter zu entrichten.

[13]) Lex Baiuvar., die abweichend von den übrigen leges für vorsätzliche Abtreibung durch Gifte seitens einer Dritten je nach dem Stande der Täterin Freiheits- oder Prügelstrafe androhte.

[14]) Lex Alamann. und lex Baiuvar. Letztere enthält noch ein weiteres religiöses Moment, indem sie dem Täter unter gewissen Voraussetzungen neben dem Wergelde noch das Lesen von Seelenmessen auferlegt.

[15]) Vgl. Anm. 13.

[16]) Spangenberg S. 13.

gebung vor den übrigen leges auszeichnende — Unterscheidung bloßer mechanischer von den dynamischen Abortivmitteln ist bereits in der Antiqua enthalten, indem die seitens eines Dritten durch Gifttränke verursachte Tötung der Leibesfrucht mit härterer Strafe als die auf mechanischem Wege herbeigeführte, mit Wergeld zu sühnende Abtreibung, nämlich im Gegensatze zu der lex Baiuvariorum sogar mit dem Tode bedroht wird.

Über die Grundsätze aller anderen Volksrechte hinausgehend, erscheint aber im Rahmen dieser Strafbestimmung zum ersten Male auch eine Teilnahmehandlung der Schwangeren selbst unter Strafe gestellt: War nämlich das mit Todesstrafe bedrohte Eingeben eines Abtreibungstrankes durch einen Dritten auf eigene Veranlassung der Schwangeren geschehen, so trat für sie, je nach ihrem Stande, die (von der lex Baiuvariorum nur für die Dritte vorgesehene) Freiheits- oder Prügelstrafe ein[17]).

Die völlige Gleichstellung mit dem Dritten als dem Subjekte der strafbaren Abtreibungshandlung ward der Schwangeren durch den auf die Könige Chindaswind und Recceswind zurückzuführenden Ausbau der westgotischen Gesetzgebung zuteil: Die durch ein Überhandnehmen der Abtreibung bedingte unverhältnismäßige Grausamkeit der in lib. VI tit. III Kap. 7 enthaltenen Strafbestimmungen — die abtreibende Schwangere wurde ohne Rücksicht auf Standesunterschiede (ebenso wie ihr sie anstiftender oder Beihilfe leistender Ehemann) mit dem Tode oder dem Verluste des Augenlichts bedroht[18]) — kann das prinzipielle gedankliche Verdienst dieser Vorschrift nicht schmälern, die in hochentwickelter Auffassung den — von Cicero für Rom vergebens erstrebten — rechtspolitisch so großen und bedeutsamen Gesichtspunkt, daß die Bestrafung der Abtreibung eine notwendige Forderung des

[17]) Lib. VI tit. III cap. 1: „Si quis mulieri praegnanti potionem ad avorsum aut pro necando infante dederit, occidatur; et mulier, quae potionem ad avorsum facere quaesivit, si ancilla est, CC flagella suscipiat; si ingenua, careat dignitate personae et cui iusserimus servitura tradatur."

[18]) Auch Versuchshandlungen wurden gleichermaßen bestraft: „... aut aliquo quocumque modo extinguere partum suum praesumpserit".

staatlich-sozialen Lebens sei, zu unmittelbarem Ausdruck bringt.

Dieser überraschenden Fülle an Strafbestimmungen gegen die Abtreibung, die die altgermanischen Rechtsquellen auszeichnet, steht ein auffallender gänzlicher Mangel an diesbezüglichen deutschen Rechtsaufzeichnungen in den nun folgenden Jahrhunderten gegenüber: Weder die die leges barbarorum fortbildenden Kapitularien der Frankenkönige[19]) noch die bedeutendsten Rechtsquellen des deutschen Mittelalters, Sachsen-, Schwabenspiegel und ihre zahlreiche minder hervorragende Nachkommenschaft, weder Stadtrechte noch etwa Reichsgesetze enthalten auch nur die geringste Andeutung, aus der wir entnehmen könnten, ob und in welchem Sinne die auf die Abtreibung bezüglichen Strafvorschriften der alten Volksrechte eine weitere Ausgestaltung erfahren haben.

Die früher weit verbreitete Auffassung, ein durch wachsende Sittenreinheit des deutsches Volkes verursachtes Abnehmen der Straftaten gegen das keimende Leben habe jedes gesetzgeberische Eingreifen überflüssig gemacht, wird von Spangenberg[20]) mit Recht bekämpft; auch Lewin[21]) betont m. E. zutreffend, daß die früheren und späteren Gesetze mit ihren teilweise harten Strafbestimmungen gegen die Abtreibung erkennen lassen, daß in dem dazwischenliegenden Zeitraum eine solche Hebung des sittlichen Niveaus bei wenig veränderten sozialen Verhältnissen nicht plötzlich entstanden und wieder verschwunden sein kann.

Vielmehr ist es zulässig, insbesondere auch aus den die Abtreibung betreffenden Strafandrohungen der „Fleta“[22]), einer Sammlung englischer von König Eduard I. erlassener Gesetze aus dem 13. Jahrhundert, auf Grund ihres aus germanischen und kirchlichen Elementen gemischten Charakters zu schließen, daß sich die strafrechtliche Behandlung der Abtreibung in Deutschland auf dem Boden ungeschriebenen Rechts in der

---

[19]) Lediglich in der privaten Kapitulariensammlung des Benedictus Levita — lib. III, 11, 12 — findet sich eine Wiederholung der bereits früher zitierten Bibelstelle aus dem 2. Buche Mosis.

[20]) S. 15, 16.

[21]) S. 77.

[22]) Lib. I cap. 23 §§ 10ff.

durch die westgotische Gesetzgebung gewiesenen Richtung fortentwickelt hat[23]).

Modifiziert wurde dieser Rechtszustand durch die Rezeption der Justinianeischen Gesetzgebung, deren angesehene Glossierung durch Accursius und vor allem durch das Eindringen der kanonischen Rechtsgrundsätze, wie denn „erst aus der Verbindung und innigen Durchdringung germanischen Rechtslebens und christlich-kirchlicher Lehre sich die Begriffe von Verbrechen und Strafe in der Weise, wie sie unserem ganzen neuen Strafrecht zugrunde liegen, entwickelt haben[24]).

Im Gegensatz und geradezu als Reaktion gegen die Indifferenz, die das römische Staats- und Rechtsleben den Straftaten wider das keimende Leben gegenüber im wesentlichen bewahrte, stellte sich die christliche Kirche von vornherein mit Nachdruck auf den durch religiöse Anschauungsweise bedingten Standpunkt, daß die Abtreibung eine Straftat gegen ein durch göttliche Macht mit Lebensqualität ausgestattetes Wesen sei[25]); die Abtreibung galt daher ebenso wie nach germanischer Rechtsauffassung als Tötungsverbrechen.

Auch das kanonische Recht weist — wie das altdeutsche Recht — in seinen frühesten Entwicklungsstadien einen verhältnismäßigen Reichtum an Strafbestimmungen gegen die Abtreibung auf. Die ältesten geschriebenen Quellen des kirchlichen Strafrechts bilden die Synodal- oder Konzilienschlüsse, Kirchengesetze, die in einer verfassungsmäßig abgehaltenen Versammlung (concilium, synodus) von kirchlichen Oberen ordnungsmäßig beschlossen wurden[26]). Strafvorschriften gegen die Abtreibung wurden insbesondere auf den Konzilien von

---

[23]) Der Annahme, daß die Abtreibung, weil sie vor der Carolina keine Erwähnung in den Rechtsquellen des deutschen Mittelalters finde, straflos geblieben sei — so Knapp S. 184 und ihm folgend v. Liszt, Lehrbuch S. 329, Thomsen S. 335 und Ehinger-Kimmig Teil 2, S. 3 — ist daher nicht beizupflichten (ebenso E. v. Liszt S. 121).

[24]) Wilda S. 525.

[25]) Tertullian, apolog. cap. 9: „homo est et qui est futurus et fructus omnis iam in semine est; homicidii festinatio est prohibere nasci nec refert, natam quis eripiat animam an nascentem disturbet."

[26]) Hübler S. 2.

Elvira im Jahre 306[27]), Ancyra im Jahre 314[28]) und Lerida im Jahre 524[29]) gegeben. Während aber die Schlüsse dieser Konzilien[30]) nur für einen bestimmten Bezirk (Patriarchalverband, Metropolitansprengel usw.) galten, stellte das dritte Konzil von Konstantinopel im Jahre 692 (concilium Trullanum, canon 2), dessen Satzungen ökumenischen, d. h. für den Gesamtbereich der katholischen Kirche verbindlichen Charakter hatten, die Abtreibung der Leibesfrucht der Tötung eines lebenden Menschen gleich.

Eine noch eingehendere Berücksichtigung als in den Konzilienschlüssen fanden die Straftaten gegen das keimende Leben in den sog. Pönitentialbüchern, Beichtspiegeln oder Bußordnungen, die als Anleitungen für die Geistlichen zur Verwaltung des Bußsakramentes dienten, vom 7. bis 11. Jahrhundert im Mittelpunkte der gesamten Kirchenrechtsliteratur standen und durch Festsetzung der verwirkten Sündenstrafen die Grundlage des frühmittelalterlichen kirchlichen Strafrechts bildeten[31]). Diese Bußbücher, die sich meist an die Konzilienschlüsse anlehnten, häufig aber auch Gewohnheitsrecht kodifizierten, enthalten zahlreiche Vorschriften gegen die Abtreibung, die sich im wesentlichen im Rahmen der oben zitierten Canones bewegen[32]).

Allen Strafandrohungen ist aber, auch wo dies nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, die bereits des öfteren erwähnte

---

[27]) Canon 63: „si qua mulier per adulterium absente marito conceperit idque post facinus occiderit, placuit neque in finem danda esse communionem eo quod geminaverit scelus.“ (Der Abtreiberin sollte also auch auf dem Sterbebette nicht das Abendmahl gegeben werden.)

[28]) Canon 20 belegte die abtreibende Schwangere mit einer Bußübung für die Dauer von zehn Jahren.

[29]) Im Gegensatz zu den beiden ersten Konzilien wird hier auch der bei der Abtreibung mitwirkende Dritte mit Strafe bedroht.

[30]) Ebenso wie die der späteren Konzilien von Mainz (847) und Worms (868), die die Abtreibung als homicidium ansahen.

[31]) Hübler S. 44; vgl. auch Hinschius Bd. IV S. 823ff., Richter-Kahl S. 110ff., Friedberg S. 125.

[32]) Hierüber im einzelnen Regino, Libri duo de synodal. causis et disciplinis ecclesiae (Leipzig 1840); Schmitz, Bußbücher und Bußdisziplin der Kirche (Mainz 1883 und 1898); Wasserschleben, Die Bußordnungen der abendländischen Kirche (Halle 1851); Wasserschleben, Die irische Kanonensammlung (2. Aufl. Leipzig 1885).

dem kanonischen Recht eigentümliche Unterscheidung zwischen der beseelten und der unbeseelten Leibesfrucht immanent. Diese seltsame, auf griechische Religionsphilosophie und Naturwissenschaft[33]) zurückführende Lehre, die von den Kirchenvätern weiter entwickelt wurde[34]), glaubte man auch in einer — etwas durchaus anderes besagenden — Bibelstelle, und zwar im Leviticus[35]) bestätigt zu finden, wo aus Erwägungen teils hygienischer, teils sakraler Natur einer Mutter, nach Geburt eines Knaben 40 Tage lang, nach Geburt eines Mädchens 60 Tage lang, der Zutritt zum Tempel verwehrt wird[36]). Genugsam, die Anschauung, der foetus sei bis zu einem gewissen Zeitpunkte (40. bzw. 80. Tage nach der Konzeption) non animatus, non formatus oder non vivificatus, faßte im kanonischen Rechte festen Fuß und war für die Strafbarkeit der Abtreibung insofern von Bedeutung, als die unbeseelte Leibesfrucht für nicht menschengleich erachtet wurde, daher nicht eigentlich vernichtet („exanimari") werden konnte, eine Abtreibung innerhalb dieses Zeitraums also straflos war oder mit einer geringen Geldbuße gesühnt, während die Vernichtung des foetus animatus als homicidium gestraft wurde.

Mit dieser Maßgabe ist die Kriminalität der Abtreibung auch in das Corpus iuris canonici übergegangen, wo sie nur gelegentlich im Decretum Gratiani und in den Dekretalen Gregors IX. behandelt wird. Das Dekret bestimmte in caus. 2 qu. 5 can. 20 ausdrücklich: „Ille, qui conceptum in utero per abortum deleverit, homicida est", ergänzte aber diese Strafvorschrift in caus. 32 qu. 2 can. 8, wo es heißt: „non est homicida qui abortum procurat antequam anima corpori sit infusa". Der gleiche Gedanke liegt auch der Dekretalenstelle zugrunde[37]).

[33]) Insbes. Aristoteles' Histor. animal. lib. VII cap. 3; vgl. auch § 1 Anm. 7.

[34]) Augustini opera lib. II quaest. LXXX: „Hic de anima quaestio solet agitari, utrum quod formatum non est ne animatum quidem possit intellegi, et ideo non sit homicidium quia nec examinatum dici potest, si adhuc animam non habebat."

[35]) 3. Buch Mos. cap. 12, Vers 2ff.

[36]) Mit dieser Bestimmung brachte Teutonicus in seiner Glossierung des decretum Gratiani (pars I dist. V) den „foetus animatus" durch die törichte Bemerkung in Zusammenhang: „quia tot diebus mortuus est partus ante infusionem animae, sed foetus femineus LXXX diebus."

[37]) Cap. 20 X de homicidio voluntario et casuali V, 12.

Da nun für die Frage, ob eine strafbare Abtreibung vorgelegen habe, eine Feststellung dahin hätte getroffen werden müssen, ob es sich um einen männlichen oder weiblichen foetus handelte, eine derartige Feststellung aber in diesen ersten Stadien der Schwangerschaft schlechthin unmöglich war, so wurde bald auf Grund der — autoritatives Ansehen genießenden — Accursianischen Glosse zum römischen Recht[38]) der 80. Tag ausgeschaltet und als einheitlicher Beseelungstermin für beide Geschlechter der 40. Tag seit der Konzeption angenommen.

Selbstverständlich konnte diese sinnlose Unterscheidung mit zunehmender Aufklärung nicht unwidersprochen bleiben. Eine geistig hochstehende Persönlichkeit wie Papst Sixtus V. versuchte durch einen Erlaß vom Jahre 1588[39]) eine gleichmäßige Bestrafung der Abtreibung in jedem Zeitpunkte der Schwangerschaft herbeizuführen. Die Lehre von der beseelten und unbeseelten Leibesfrucht wurzelte aber zu tief in dem religiösen Empfinden des Mittelalters, als daß sich eine Beseitigung dieser Unterscheidung dauernde Geltung hätte verschaffen können. Sie wurde denn auch schon im Jahre 1591 unter Aufhebung der diesbezüglichen Sixtinischen Vorschrift durch Gregor XIV. wieder eingeführt[40]) und ist bis in das späte Mittelalter auch für die deutsche Strafgesetzgebung (vgl. § 4) von Bedeutung geblieben.

Was die Bestrafung der Abtreibung betrifft, so strafte die Kirche lediglich die vollendete vorsätzliche Abtreibung[41]). Die Strafen waren die auf das homicidium gesetzten, nämlich Exkommunikation, Zwangsbuße und Auslieferung an den welt-

[38]) l. 4 D. 47, 11 wurde folgendermaßen glossiert: „Ante XL dies, quia antea non erat homo; postea de homicidio tenetur secundum legem Moysis vel legem Pompeiam de parricidis"; vgl. auch § 2 Anm. 25.

[39]) Bullar. magnum Rom. T. II p. 648 (constit. „Effrenatam").

[40]) Bullar. magnum Rom. T. II p. 709 (constit. „Sedes apostolica").

Es ist Jungmann (S. 15) zuzugeben, daß die Wiedereinführung dieser Unterscheidung insofern einen tatsächlichen Nutzen gehabt haben mag, als sie einen gewissen Ausgleich für die strenge Bestrafung des foetus animatus bildete und daher unter dem Gesichtspunkte der Milde nicht gern entbehrt wurde.

[41]) Vgl. Hinschius S. 798, 799. (Für Vorliegen der „procuratio abortus" genügte der Eventualdolus nicht.)

lichen Arm zur Vollstreckung der Todesstrafe[42]). Wie alle Tötungsverbrechen gehörte die Abtreibung an sich zu den sog. delicta civilia, d. h. den strafbaren Handlungen, bei denen, wenn sie von Laien begangen wurden, die Kirche niemals eigentliche Strafen (poenae vindicativae), sondern nur Pönitenzen oder Zensuren (poenae medicinales) verhängen konnte. Tatsächlich war aber die Grenze zwischen den delicta civilia und den delicta mixti fori, d. h. den Verbrechen, die zwar nicht spezifisch kirchlichen Charakter, wohl aber Beziehung zu Lehre und Einrichtungen der Kirche hatten oder sittliches Ärgernis zu erregen besonders geeignet waren[43]), sehr flüssig. Und so mag denn bei der Abtreibung auf Grund ihrer Verwandtschaft mit den als delicta mixti fori geltenden Sittlichkeits- und Ehedelikten häufig die Prävention des geistlichen Richters auch für die Zuständigkeit zur Verhängung eigentlicher Strafen entscheidend gewesen sein, zumal „die Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit mit ihrer wohlgegliederten Organisation im Mittelalter bei der Ohnmacht, Zerfahrenheit und Unbehilflichkeit der weltlichen Strafrechtspflege vielfach wohltätig einwirkte“[44]).

Der an Abtreibungshandlungen beteiligte Geistliche unterstand in jedem Falle der kirchlichen Jurisdiktion, er war ferner ordinationsunfähig (irregulär ex delicto), wurde, falls die Ordination dennoch stattgefunden hatte (ordinatio valida, sed illicita), degradiert und verlor sämtliche Klerikalprivilegien[45]).

4. Die Entwicklung von der Carolina bis zum Reichsstrafgesetzbuch.

§ 4.

Wie die kanonische Lehre vom foetus animatus, der übrigens auch Dante, der Doktrin des Thomas von Aquino (Quaest. unic. de anima, art. IX) folgend, huldigte[1]), bei einem großen

[42]) Hinschius a. a. O., vgl. auch München Bd. II S. 414.
[43]) Richter - Kahl S. 801.
[44]) Geyer - Merkel S. 916.
[45]) Hinschius S. 799, Friedberg S. 152.
[1]) Purgat. 25 Vers 68ff. (Kohler a. a. O. S. 335.)

Teile der mittelalterlichen italienischen Partikulargesetzgebungen Eingang fand[2]), so blieb sie auch von beherrschendem Einfluß auf die im 16. Jahrhundert endlich einsetzende Strafgesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation.

Die nach zwei Vorentwürfen aus den Jahren 1521 und 1529 anno 1532 endgültig redigierte Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. stellte unter der Überschrift: „Straff der jhenen so schwangern weibssbilden kinder abtreiben" im Artikel CXXXIII folgende Strafbestimmung auf: „Item so jemandt eynem weibssbild durch bezwang, essen oder drincken eyn lebendig kindt abtreibt, wer auch mann oder weib unfruchtbar macht, so solch übel fürsetzlicher und bosshafftiger weiss beschicht, soll der mann mit dem schwert als eyn todtschläger, und die fraw, so sie es auch an jr selbst thette, ertrenckt oder sunst zum todt gestrafft werden. So aber eyn kindt, das noch nit lebendig wer, von eynem weibssbild getriben würde, sollen die urtheyler der straff halber bei den rechtverstendigen oder sunst wie zu end diser ordnung gemelt, radts pflegen"[3]). Diese kaum einen neuen Gesichtspunkt bringende Strafvorschrift der Carolina bildet in allen wesentlichen Momenten einen klaren Niederschlag der mittelalterlichen germanisch-kirchlichen Auffassung von der Kriminalität der Abtreibung:

---

[2]) Vgl. die Statuten von Mailand, Genua, Monterubbiano und Valtellina, die die Abtreibung der beseelten Leibesfrucht übereinstimmend mit dem Tode bedrohen (Kohler a. a. O.).

[3]) Art. CXXXIII CCC. ist der von Schwarzenberg verfaßten partikularrechtlichen Bambergischen Halsgerichtsordnung vom Jahre 1507 fast wörtlich entnommen. Hier lautet — ebenso wie in der Brandenburgica (1516) — der die Abtreibung behandelnde Artikel CLVIII folgendermaßen: „Item so yemant einem weybssbilde durch bezwangk essen oder trincken ein lebendig kindt abtreybt, wer auch man oder weyb unfruchtbar macht, so söllich ubel ein mans bilde thut, der ist mit dem schwert (als ein todtschleger) zum todt zu straffen, so der eines williger bosshaftiger weyss geschicht, Tette es aber ein weybssbilde, an jr selbst oder an einer andern die sol ertrenckt oder sunst zum tode gestrafft werden, so aber ein kindt (das noch nit lebendig were) von einem weybssbilde getriben wurde, söllen die urteyler der straff halben Rats pflegen."

Die Texte sind der von Zoepfl nach den ältesten Drucken hergestellten Carolina-Ausgabe (Dritte synoptische Aufl., Leipzig und Heidelberg 1883) entnommen.

Die Abtreibung ist ein Tötungsverbrechen[4]) und wird — die bei der Vernichtung des embryonalen Lebens bereits eingetretene Beseelung des foetus vorausgesetzt — mit dem Tode bestraft; ja auch die auf demselben Boden erwachsene Gleichstellung der Abtreibung mit der Unfruchtbarmachung, der sog. procuratio sterilitatis, hat Aufnahme in die C. C. C. gefunden.

Im einzelnen sind folgende Momente für die Strafbarkeit der Abtreibung maßgebend:

Subjekt der strafbaren Handlung ist sowohl der abtreibende Dritte (Mann oder Weib) wie die Schwangere selbst[5]).

Auffallend ist hierbei der Umstand, daß bei der Straffestsetzung für die Abtreibung eines foetus inaminatus („eyn kindt, das noch nit lebendig wer") nur das Weib als Subjekt der Straftat genannt wird. Daß hiermit nur die Schwangere selbst gemeint sein sollte, ergibt der Text der Bestimmung nicht, eine etwa beabsichtigte Straffreiheit der abtreibenden Dritten hat auch wenig innere Wahrscheinlichkeit, da man stets zu einer eher strengeren Bestrafung des abtreibenden Dritten (Mann und Weib) als der Schwangeren selbst geneigt, die alleinige Bestrafung des Dritten, wie wir sahen, im germanischen Rechtsleben sogar das primäre war. Andererseits enthält der Artikel fraglos keine gegen den einen unbeseelten foetus abtreibenden Mann gerichtete Strafnorm. Und auch für eine derartige Unterscheidung (Bestrafung der abtreibenden Dritten einerseits, Straflosigkeit des abtreibenden Dritten andererseits) ist ein vernünftiger Grund nicht erkennbar. Zu einer Lösung dieses Widerspruchs kann man m. E. lediglich gelangen, wenn man annimmt, daß in dem letzten Satze des

---

[4]) Der Art. CXXXIII ist unter etliche andere Tötungsverbrechen (Vergiftung, Kindesmord usw.) eingereiht, die sämtlich unter der gemeinsamen Überschrift „Hernach volgen etlich böse tödtung und von straff der selben thätter" behandelt werden.

[5]) Die irrtümliche Äußerung Meyers (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. S. 394 Anm. 7), daß die Carolina die Schwangere selbst als Subjekt der Abtreibung nicht kenne, ist in den späteren Auflagen seines Lehrbuchs in Fortfall gekommen. Auch die Behauptung Steins (S. 12), die Carolina habe nicht die Abtreibung an sich, sondern nur die vorzeitige Austreibung eines lebenden Kindes mit Strafe bedroht, beruht wohl lediglich auf einem Versehen.

Art. 133 die Nichterwähnung des Mannes als eines Subjekts der Abtreibung der unbeseelten Leibesfrucht auf einem — schon in der Bambergensis enthaltenen — redaktionellen Versehen beruht.

Voraussetzung für eine Bestrafung war die vorsätzlich bewirkte Abtreibung (so solch übel fürsetzlicher und bosshafftiger weiss beschicht"); der fahrlässig verursachte Fruchtabgang war — wenigstens unter dem Gesichtspunkte der Abtreibung — straflos[6]).

Gestraft wurde das vollendete und das versuchte Verbrechen, letzteres auf Grund des die generelle Strafbarkeit des Versuchs bestimmenden Artikels CLXXVIII der Carolina[7]). Zur Vollendung des Verbrechens der Abtreibung war die Vernichtung des embryonalen Lebens erforderlich. Einzelne Schriftsteller, wie Martin[8]) und ihm folgend Heffter[9]), leugnen, daß die Lebensvernichtung des Fötus Bedingung der Abtreibungsstrafe gewesen sei. Ihrer Auffassung, daß die Herbeiführung einer zu frühen Niederkunft der Schwangeren ohne Vernichtung des fötalen Lebens genüge, kann indes nicht beigetreten werden, insbesondere da die Abtreibung, schon nach ihrer Stellung im System der Carolina, ein spezifisches Tötungsverbrechen ist. Hatte daher die Anwendung von Abortivmitteln nicht die Tötung des Embryo, sondern nur den Eintritt der Frühgeburt eines lebenden und lebensfähigen Kindes zur Folge, so war der Täter nach den Versuchsgrundsätzen zu bestrafen[10]).

Voraussetzung der Strafbarkeit der vollendeten Abtreibung war weiterhin der Nachweis der Kausalität zwischen der Anwendung des Abortivmittels und der erfolgten Vernichtung

---

[6]) Die abweichende Ansicht Heffters (S. 209), der aus einer Analogie mit anderen Tötungsverbrechen die Strafbarkeit auch der fahrlässigen Abtreibung herleiten will, ist gegenüber dem klaren Wortlaute der Strafbestimmung abzulehnen.

[7]) Dies übersieht Lewin S. 78, wenn er meint, daß die versuchte Abtreibung in der CCC. unberücksichtigt blieb.

[8]) Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminalrechts S. 308.

[9]) a. a. O. S. 209.

[10]) Über den Abtreibungsversuch in der späteren Entwicklung der gemeinrechtlichen Judikatur vgl. im einzelnen Mittermaier im „Gerichtssaal" 1855, Bd. 1, S. 3ff.

der Leibesfrucht[11]). War dieser Nachweis nicht zu erbringen — vermutlich wurde die Kausalität auch schon in der auf der Carolina fußenden Iudikatur bei nicht schlüssiger Nachweisung häufig präsumiert —, so konnte ebenfalls nur wegen versuchter Abtreibung gestraft werden.

Bezüglich der in Art. CXXXIII aufgezählten Abortivmittel wird m. E. zutreffend angenommen[12]), daß die Worte „durch bezwang, essen oder drincken" nicht einen numerus clausus strafbarer Mittel bedeuten, vielmehr lediglich exemplifizierenden Charakter haben sollen. Auch schließt ja insbesondere das Wort „bezwang" selbst schon eine Fülle von Möglichkeiten hinsichtlich der darunterfallenden Abtreibungsmittel ein[13]).

Gestraft wurde sowohl die Vernichtung des foetus animatus („eyn lebendig kindt") wie des foetus inanimatus („eyn kindt, das noch nit lebendig wer"), jedoch grundsätzlich verschieden. Über den Zeitpunkt der Beseelung (des beginnenden fötalen Lebens) schweigt die Strafbestimmung der Carolina. Doch ist ohne weiteres anzunehmen, daß zunächst — wenigstens theoretisch — an der kanonischen Begrenzung festgehalten, der Eintritt der Beseelung also mit dem 40. Tage seit erfolgter Konzeption angenommen wurde.

Die Strafe des eine beseelte (lebende) Leibesfrucht — vorsätzlich — Abtreibenden war in jedem Falle die Todesstrafe. Die Todesart war verschieden; und zwar wurde nicht etwa unterschieden, ob einerseits die Schwangere selbst, andererseits ein Dritter (Mann oder Weib) die Straftat voll-

---

[11]) Über die zur Vermeidung dieses oft schwierigen Nachweises in der späteren Gesetzgebung eingeführte Kausalitätspräsumtion vgl. unten S. 35, 36.

[12]) Vgl. u. a. Heffter S. 209 Anm. 4 und Horch S. 22.

[13]) Heffter a. a. O. nimmt an, daß auch der durch Verursachung einer heftigen Gemütsbewegung erfolgte Fruchtabgang strafbar war; Horch a. a. O. will die Möglichkeit der Bestrafung einer derartigen, durch psychische Mittel bewirkten Abtreibung schon durch den Sinn des Wortes „bezwang" gewährleistet wissen. Daß der Verfasser der Carolina (Bambergensis) dies schon im Auge gehabt habe, erscheint mir unwahrscheinlich, doch ist Horch insoweit zuzustimmen, als bei Vorkommen eines solchen Falles die Rechtsprechung vermutlich im Wege extensiver Interpretation des Wortes „bezwang" zu einer Bestrafung des Täters gelangt wäre.

bracht hatte, vielmehr wurde je nach dem Geschlechte des Täters verschieden gestraft, nämlich der abtreibende Mann „mit dem Schwert als todtschläger", während das abtreibende Weib (die Schwangere selbst oder die Dritte) „ertrenckt oder sunst zum tode gestrafft wurde"[14]).

Dagegen war die Bestrafung der Abtreibung eines noch nicht beseelten Fötus dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt. Hier trat in der Regel zeitige Freiheitsstrafe ein.

In der Rechtsprechung nahm jedoch diese kanonische Unterscheidung erfreulicherweise mehr und mehr an Bedeutung ab. Da die zweifelsfreie Feststellung des die Verhängung der Todesstrafe rechtfertigenden Tatbestandes der Abtreibung eines beseelten Fötus mit Rücksicht auf die Ermittlung des Beseelungstermins häufig außerordentlich schwierig, bei dem prinzipiellen großen Unterschied in den anzuwendenden Strafnormen auch ebenso undankbar wie verantwortlich war, da ferner die gemeinrechtliche Praxis im Anschluß an partikuläre Gesetzgebungen[15]) nicht an der kanonischen Grenze des vierzigsten Tages festhielt, sondern andere nicht minder unsichere Unterscheidungsmerkmale aufstellte, da endlich die Abtreibungen auch häufig zu Beginn der Schwangerschaft vorgenommen wurden, so kam die Todesstrafe tatsächlich bald nur noch äußerst selten zur Anwendung. Vielmehr wurde in der überwiegenden Mehrzahl der zur Aburteilung gelangenden Fälle — gleichviel in welchem Stadium der Schwangerschaft die Leibesfrucht vernichtet worden war — eine nach den jeweiligen Tatumständen abzustufende[16]), meist mehrjährige Freiheitsstrafe verhängt[17]).

[14]) Quistorp S. 586 und Jungmann S. 14 nehmen dem — in der Bambergensis noch besser zum Ausdruck gekommenen — klaren Wortlaute der Bestimmung zuwider irrtümlich an, daß jeder Dritte (Mann oder Weib) mit der Schwertstrafe belegt und nur die Schwangere selbst ertränkt wurde, eine Auffassung, die eigentümlicherweise früher ziemlich verbreitet gewesen zu sein scheint (vgl. Wächter, Lehrbuch a. a. O. S. 179, 180).

[15]) Vgl. unten S. 28.

[16]) In der den Zeitpunkt der erfolgten Abtreibung berücksichtigenden Strafabstufung konnte naturgemäß die kanonische Unterscheidung noch in gewissem Sinne fortwirken.

[17]) Vgl. Henke S. 113, Jarcke S. 324, Tittmann S. 362, Feuerbach S. 349, Hrehorowicz S. 74.

Während eine Reihe kleinerer deutscher Partikulargesetzgebungen die Strafbestimmung der Carolina wörtlich übernahm[18]), brachten die Konstitutionen des Kurfürsten August von Sachsen vom Jahre 1572[19]) einige neue strafrechtliche Gesichtspunkte: Insbesondere wurde der Beseelungstermin in die Mitte der Schwangerschaft („under die helffte nach der empfengnuss") verlegt, eine Norm, die, da auch dieser Zeitpunkt meist ebenso schwierig zu ermitteln war wie der 40. Tag nach erfolgter Konzeption, von der gemeinrechtlichen Praxis im Anschluß an die Kommentierung des sächsischen Rechts durch Berlich und Carpzow[20]) dahin modifiziert wurde, daß man für den Eintritt der Beseelung der Leibesfrucht den — etwa in die Mitte der Schwangerschaft fallenden — Beginn der embryonalen Bewegungen im Mutterleibe entscheidend sein ließ, die Entstehung des fötalen Lebens also an die ersten für die Mutter spürbaren Lebensäußerungen des Kindes knüpfte[21]). Wie wir aber bereits sahen, hatte die ganze Abgrenzung auch unter diesem neuen — immerhin ein wenig sinnvolleren — Gesichtspunkt eine tatsächlich nur noch untergeordnete Bedeutung. Bemerkenswert ist noch der Umstand, daß die Sächsischen Konstitutionen zum ersten Male auch die Strafbarkeit der Abtreibung embryoähnlicher Mißbildungen im Mutterleibe, der sog. Molen, kodifizierten („oder das abgetribene kein kind gewesen").

---

[18]) So die Kurpfälzische Malefizordnung, die Nassau-Katzenelnbogische Polizeyordnung und das Markgräflich Baaden-Durlachische Landrecht.

[19]) Augusti Sax. Elector. Novell. pars 4, const. 4, § 1: „Wann vorsetzlich durch getränk oder sonsten Leibesfrucht, die da im Mutterleib lebendig gewesen, abgetrieben, so sol die Missethäterin am leben und die, so darzu mit trdäncken oder in andere gestalt geholffen, mit dem Schwerdt gestrafft werden. Da aber die Frucht nicht gelebet und solches noch unter die Helffte nach der empfengnuss geschehen, oder aber das, was zum abtreiben genommen, kein wirckung gehabt, oder das abgetribene kein kind gewesen, so soll sie willkürlich mit Staupenschlägen, verweisung oder Gefängnis nach Gestalt der Verbrechung gestrafft werden."

[20]) Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium pars I quaest. II.

[21]) Die ersten — im Fruchtwasser stattfindenden — Bewegungen des Embryo sind für die Schwangere nicht spürbar.

Auch die partikularrechtlichen Kodifikationen des 17. Jahrhunderts, insbesondere das später mehrfach umgearbeitete Landrecht für das Herzogtum Preußen von 1620[22]) und die Niederösterreichische Landgerichtsordnung von 1656[23]), bewegen sich im wesentlichen noch in den gleichen Bahnen krimineller Auffassungsweise wie die Carolina.

Nur langsam vermochte sich der zu Anfang des 18. Jahrhunderts von der physiologischen und medizinischen Wissenschaft[24]) aufgestellte Grundsatz, daß die Leibesfrucht bereits vom Augenblicke der Konzeption an einen durch den mütterlichen Blutkreislauf bedingten Ernährungsprozeß durchmache, mithin — im weitesten Sinne — belebt sei, in den gesetzgeberischen Arbeiten des 18. Jahrhunderts Bahn zu brechen. Die auf exakte naturwissenschaftliche Forschung sich gründende — für die legislative Verwertung zuerst von Leyser in seinen Meditationes ad Pand. befürwortete — Anschauung, daß sich der Embryo im Mutterleibe von der Empfängnis an allmählich und gleichmäßig zu größerer Lebensintensität und stärkeren Lebensäußerungen entwickele und daher kein Zeitpunkt der Schwangerschaft für Belebung und Beseelung der Leibesfrucht[25]) derart charakteristisch sei, daß die nach einem solchen Zeitpunkt vorgenommene Abtreibung eine grundsätzlich höhere Strafwürdigkeit bedinge, war dem in

---

[22]) Buch VI Tit. 5, Art. 3 § 6 („De homicidio proximorum consanguineorum").

[23]) Art. 67 § 6 (hier wird auch der fahrlässig verursachte Fruchtabgang unter Strafe gestellt).

[24]) Vgl. Mende, Handbuch der gerichtl. Medizin Bd. II S. 323ff., Friedreich, Handbuch der gerichtsärztlichen Praxis S. 54, Henke, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin § 97.

[25]) Über die auf naturwissenschaftlicher Grundlage ruhende modernmonistische Auffassung der Seele als einer physiologischen Funktion des Gehirns vgl. Haeckel, Lebenswunder S. 13, 16 und 371ff. Hiernach bezeichnet der Augenblick, in dem Spermazelle des Mannes und Eizelle des Weibes nach erfolgter Begattung im Eileiter des Weibes zusammentreffen und miteinander verschmelzen, den realen Beginn der individuellen Existenz, also auch der „Seele" (als potentialer Plasma-Funktion), während der eigentliche „Geist", d. h. die denkende und begreifende Vernunft (ratio) als höhere, bewußte Seelentätigkeit erst lange nach der Geburt langsam und stufenweise sich zu entwickeln beginnt (a. a. O. S. 372).

kirchlichen Dogmen befangenen Volksempfinden offenbar fremd.

Auch der Codex Iuris Bavarici Criminalis vom Jahre 1751[26]) sowie die „Constitutio Criminalis Theresiana" von 1768[27]) stehen noch im Bannkreise der überkommenen kanonischen Anschauungen. Ersterer setzt als den für die Belebung des foetus maßgebenden Zeitpunkt ausdrücklich den Beginn der Kindesbewegungen im Mutterleibe fest (... „und da sie von dem Leben des kindes durch Rührung desselben bereits genugsame Zeichen gehabt" ...), bedroht aber merkwürdigerweise nur die von der Schwangeren selbst — vorsätzlich oder fahrlässig — bewirkte Abtreibung mit Strafe.

Erst in den gegen Ende des 18. Jahrhunderts zur Entstehung gelangten Strafgesetzgebungen der europäischen Kulturwelt wußten sich die oben gekennzeichneten von der Physiologie neu gewonnenen Grundsätze Geltung zu verschaffen.

Vom Geiste der Aufklärung und Milde getragen durfte hier vor allem das von Joseph II. im Jahre 1787 erlassene Österreichische Allgemeine Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung vorbildlich wirken. Bei den in den §§ 112ff. dieses Gesetzes[28]) enthaltenen Strafbestimmungen

---

[26]) Th. 1 Kap. 3 §§ 20, 22.

[27]) Art. 88 § 6.

[28]) „§ 112: Eine Weibsperson, welche weiß, daß sie schwanger ist, und geflissentlich was immer für eine Handlung vornimmt, welche die Abtreibung der Frucht veranlassen oder ihre Entbindung auf eine solche Art bewirken kann, daß das Kind todt zur Welt kömmt, macht sich eines Criminalverbrechens schuldig, was für ein Bewegungsgrund immer dieses Laster veranlaßt habe.

§ 113: Die Strafe der Abtreibung ist im ersten Grade zeitliches aber hartes Gefängnis und öffentliche Arbeit. Diese Strafe ist bei verehlichten Weibspersonen stets zu verschärfen.

§ 114: Mitschuldige an diesem Verbrechen sind, die die Mittel zur Abtreibung angerathen, solche zu dieser Absicht herbeigeschafft oder sonst auf was immer Art mit Wissen dazu beigetragen haben. Diese Mitschuld mag auf Verlangen der Weibsperson oder ohne dasselbe geschehen seyn.

§ 115: Die Strafe der Mitschuld an diesem Verbrechen ist im ersten Grade zeitliches gelinderes Gefängnis, und öffentliche Arbeit. Diese Strafe ist zu verschärfen, wenn der Theilnehmer der Vater des abgetriebenen Kindes zu seyn überwiesen wird."

gegen die Abtreibung ist das gänzliche Fehlen irgendeines die Strafbarkeit grundsätzlich tangierenden Zeitpunktes der Schwangerschaft besonders bemerkenswert. Im Anschluß hieran wurde auch die — ja vielfach nur noch auf dem Papiere stehende — Todesstrafe abgeschafft und durch eine dehnbare Freiheitsstrafe ersetzt, wobei die im § 113 ausdrücklich bestimmte Strafschärfung für abtreibende Ehefrauen besonders hervorgehoben werden muß.

Auch in Frankreich, wo die kanonische Lehre vom foetus animatus allerdings niemals gesetzgeberischen Ausdruck gefunden hatte, wurde, nachdem die Abtreibung in den einzelnen „coutumes" des 13.—16. Jahrhunderts mit Todesstrafe und Vermögenskonfiskation bedroht, darauf in einem 1556 erlassenen Edikt Heinrichs II. (als „crime très énorme et exécrable, fréquent en nostre royaume" bezeichnet) ebenfalls — vorwiegend aus religiösen Gesichtspunkten — als „homicide" mit Todesstrafe belegt worden war[29]), durch eine neue Strafnorm des (ersten) „Code pénal" von 1791[30]) die Todesstrafe aufgehoben und in Freiheitsstrafe umgewandelt. Im Gegensatze zu der Josephinischen Gesetzgebung verdient jedoch diese Strafbestimmung mit ihrer Lückenhaftigkeit[31]) und der durch Festsetzung einer harten Freiheitsstrafe von einheitlicher Dauer bedingten Unmöglichkeit einer Berücksichtigung der jeweiligen Tatumstände nur geringe Anerkennung.

Die völlige Freiheit von spezifisch kanonischen Einflüssen, die das österreichische Allgemeine Gesetz auszeichnet, kann dem Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794 nicht in gleichem Grade nachgerühmt werden. Die gegen die Abtreibung der Leibesfrucht gerichteten, in Teil II, Tit. 20 §§ 985ff. normierten Strafvorschriften haben folgenden Wortlaut:

---

[29]) Vgl. hierüber im einzelnen Schultzenstein, Das Abtreibungsverbrechen in Frankreich (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. XVII S. 361 und 372).

[30]) P. 1 tit. 2 sect. 1 art. 17: „Quiconque sera convaincu d'avoir par breuvage, par violence ou par tout autre moyen procuré l'avortement d'une femme enceinte, sera puni de vingt ans de fers."

[31]) Die Schwangere selbst als Subjekt der Abtreibungshandlung wird unberücksichtigt gelassen.

„§ 985: Weibspersonen, welche sich eines Mittels bedienen, die Leibesfrucht abzutreiben, haben schon dadurch Zuchthausstrafe auf 6 Monate bis 1 Jahr verwirkt.

§ 986: Ist durch solche Mittel eine Leibesfrucht innerhalb der ersten dreißig Wochen der Schwangerschaft wirklich abgetrieben worden: so soll die Thäterin mit Zuchthausstrafe auf Zwey bis sechs Jahre belegt werden.

§ 987: Hat aber eine Weibsperson, durch dergleichen oder andere gewaltsame Mittel den Tod der Leibesfrucht nach der dreißigsten Woche ihrer Schwangerschaft befördert: so soll dieselbe acht- bis zehnjährige Zuchthausstrafe leiden.

§ 988: Wer durch schädliche Medicinen, oder auf andere Art, zur Abtreibung eines Kindes vorsätzlich Hilfe leistet, wird mit gleicher Strafe, wie die Mutter selbst, belegt.

§ 989: Personen, welche sich schon mehrerer solcher Verbrechen schuldig gemacht haben, sollen, wenn sie auch dafür noch nicht bestraft worden, zur Staupe geschlagen und lebenslang auf die Festung gebracht werden.

§ 990: Ist die Abtreibung von einem Dritten ohne Wissen und Willen der Mutter veranstaltet worden: so hat der Thäter zehnjährige bis lebenswierige Festungsstrafe verwirkt."

Zwar haben sich auch diese landrechtlichen Bestimmungen von der starren kirchlichen Auffassungsweise, daß die Abtreibung der Leibesfrucht erst von einem gewissen Momente der Schwangerschaft an ein Tötungsverbrechen und daher prinzipiell anders als die vor diesem Zeitpunkte vorgenommene Abtreibung zu bestrafen sei, freigemacht; wohl aber klingt die altgewohnte Teilung der Schwangerschaft in zwei Perioden im § 987 ALR. noch insofern wenigstens zaghaft hervor, als der Gesetzgeber sich veranlaßt fühlte, für die in den beiden letzten Monaten der Schwangerschaft („nach der dreißigsten Woche") erfolgte Abtreibung eine graduell höhere Freiheitsstrafe zu normieren[32]).

Im übrigen unterscheiden sich die Strafvorschriften des ALR. von denen des österreichischen Allgemeinen Gesetzes

[32]) Im Anschluß an die gegen die Abtreibung gerichteten Bestimmungen wird im § 991 ALR. auch die kanonische procuratio sterilitatis unter Strafe gestellt.

durch ihre weit größere Härte. Die acht- bis zehnjährige Zuchthausstrafe gehört zu den strengsten der in den neueren Gesetzgebungen enthaltenen Strafandrohungen gegen die nicht qualifizierte Abtreibung. Hervorzuheben ist ferner die Schaffung einer besonderen — bei der Abtreibung ungewöhnlichen — Rückfallstrafe[33]), die in der aus älteren Kodifikationen[34]) übernommenen Prügelstrafe neben lebenslänglicher (!) Freiheitsstrafe besteht. Auch die Normierung einer zehnjährigen bis lebenslänglichen Festungsstrafe für die seitens eines Dritten ohne Wissen und Willen der Schwangeren bewirkte Abtreibung ist eine auffallend hohe.

Der Abtreibungs*versuch* wurde nach den allgemeinen Grundsätzen[35]) und gemäß § 985 ALR. als delictum sui generis bestraft.

Auch der von der Schwangeren durch Fahrlässigkeit verursachte Fruchtabgang wird bei Gelegenheit der ihr in Tit. 20 §§ 888ff. in außerordentlich kasuistischer Weise gegebenen Verhaltungsmaßregeln unter dem Gesichtspunkte der „Verheimlichung der Schwangerschaft" mit eventueller Freiheitsstrafe bedroht[36]).

Ein im Jahre 1803 von Franz II. erlassenes neues österreichisches Strafgesetzbuch beruht in seinen Grundgedanken auf dem Allgemeinen Gesetze, dessen Vorschriften es lediglich im einzelnen ausbaute[37]). Neu ist die dem Preußischen Landrecht entnommene Strafschärfung für die durch einen Dritten ohne Wissen und Willen der Mutter bewirkte Vernichtung der Leibesfrucht[38]).

---

[33]) Für den Rückfall wird — anders als im geltenden Recht — das Erfordernis bereits erfolgter Bestrafung ausdrücklich verneint (§ 989).

[34]) z. B. den Sächsischen Konstitutionen; vgl. oben Anm. 19.

[35]) ALR. II, 20 §§ 40ff.: „Von unternommenen und ausgeführten Verbrechen".

[36]) Vgl. II, 20 §§ 933ff.

[37]) „Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen" XVII §§ 128ff.

[38]) Ein im gleichen Jahre erlassenes englisches Strafgesetz enthält dagegen merkwürdigerweise noch die kirchliche Unterscheidung zwischen belebtem und unbelebtem foetus. Auch hat in England, das auf diesem Gebiete eine auffallende Rückständigkeit zeigt, für den abtreibenden Dritten noch längere Zeit die Todesstrafe bestanden.

Um diese Zeit begann auch in Frankreich das umfassende napoleonische Gesetzgebungswerk, das u. a. die Mängel und Lücken des altfranzösischen Strafrechts zu beseitigen trachtete. Dem im Jahre 1804 verfaßten Projet du Code Criminel (Art.293) folgend, bestimmte der Code Pénal von 1810 in Art. 317 Abs. 1—3:

„Quiconque, par alimens, breuvages, médicamens, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion.

La même sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi.

Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu."

Diese noch heute geltende Strafbestimmung, die für den abtreibenden Dritten wie für die Schwangere selbst Zuchthausstrafe[39]), für die — widerrechtlich[40]) — beteiligten Medizinalpersonen des Abs. 3 zeitige Zwangsarbeit[41]) normiert, zeichnet sich durch eine Eleganz und Kürze aus, die sich zugleich als ihr eigentlichster Fehler erwies, da in Literatur und Judikatur alsbald Streit und Unklarheiten erwuchsen, insbesondere über die Fragen, ob auch der fahrlässig verursachte Fruchtabgang und ob der Abtreibungsversuch unter die Strafvorschrift des code pénal fallen[42]). Während erstere Frage von der französischen Rechtsprechung schließlich endgültig in verneinendem Sinne entschieden worden ist, hat der Kassations-

---

[39]) „Au moins de cinq années et de dix ans au plus" (Art. 21).

[40]) „L'avortement cesse d'être punissable lorsqu'il est pratiqué par un médicin pour sauver la vie de la mère" (code pénal, annoté par E. Garçon, Professeur adjoint à la Faculté de Droit de Paris; Paris 1904, Deuxième Fascicule S. 766 Anm. 18).

[41]) „Pour cinq ans au moins et vingt ans au plus" (Art. 19).

[42]) La question de savoir si la tentative d'avortement est punissable a soulevé une controverse célèbre" (Garçon S. 767 Anm. 26). Vgl. auch Schultzenstein a. a. O. Bd. XVIII S. 293ff.

hof in einer Reihe von Erkenntnissen[43]) im Gegensatze zu der in der kriminalistischen Literatur Frankreichs herrschenden Ansicht[44]) die Strafbarkeit des von einem Dritten (Fall des Abs. 1) vorgenommenen Abtreibungsversuchs bejaht, während die Bestrafung des versuchten Verbrechens[45]) für die Fälle der Abs. 2 und 3 vom Gesetze selbst durch die Worte „si l'avortement s'en est suivi" und „dans le cas où l'avortement aurait eu lieu" ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, die in Abs. 3 genannten Personen somit wegen versuchter Abtreibung nur nach Abs. 1 gestraft werden können.

Um dieselbe Zeit setzte auch die deutsche partikuläre Strafgesetzgebung in größerem Umfang ein. Das Zeitalter der Aufklärung und der durch die Freiheitskämpfe hervorgerufenen politischen Regeneration des deutschen Volkes brachte eine gründliche Durchdenkung und Durcharbeitung der kriminalistischen Ideen mit sich, so daß sich die überall in Angriff genommenen Vorarbeiten in einzelnen Staaten durch Jahrzehnte hinzogen. Das zuerst, bereits im Jahre 1813 vollendete, von Feuerbach inspirierte Bayrische Strafgesetzbuch ist in den Grundzügen der die Abtreibung mit Strafe bedrohenden Normen für viele der übrigen in den Zeitraum von 1830 bis 1850 fallenden Kodifikationen des Kriminalrechts[46]) vorbildlich geworden. Als sehr anfechtbar sind jedoch aus den in Buch 2, Tit. 1, Kap. 1, Art. 172 und 173 enthaltenen Strafbestimmungen[47]) insbesondere zwei Gesichtspunkte hervorzuheben, nämlich einmal die bereits oben (Anm. 11) erwähnte in

---

[43]) Vgl. die ausführliche Aufzählung bei Garçon S. 767 Anm. 31.

[44]) „C'est cette solution que combattent les criminalistes" . . . „un seul auteur accepte sans critique l'opinion de la cour de cassation française" (Garçon a. a. O.).

[45]) dessen in Art. 2 des Code enthaltene Begriffsbestimmung („commencement d'exécution") bekanntlich in die deutsche Strafgesetzgebung übergegangen ist.

[46]) Insbes. Sachsen (1838) Art. 128, 129; Württemberg (1839) Art. 232—255; Hannover (1840) Art. 236, 237; Braunschweig (1840) § 155; Hessen (1841) Art. 281—285; Baden (1845) §§ 251—254.

[47]) „Art. 172: Wenn eine Mutter, welche mit einem unzeitigen oder toten Kinde niedergekommen ist, zuvor äußere oder innere Mittel, welche eine zu frühzeitige Entbindung oder den Tod der Frucht im Mutterleibe bewirken können, in rechtswidrigem Vorsatze angewendet

Art. 172 aufgestellte unwiderlegbare Präsumtion der Kausalität zwischen Anwendung des Abortivmittels und erfolgtem Fruchtabgang[48]). Diese mit den Grundsätzen des Strafrechts und Strafprozesses nicht vereinbare Vorschrift, die zur Vermeidung des meist schwierigen Kausalitätsnachweises dienen sollte, wurde in dem neuen bayrischen Strafgesetzbuch von 1861 aufgehoben[49]). Ein zweiter Mangel des Gesetzes von 1813 war die in Art. 173 IV enthaltene reaktionäre Wiedereinführung der Todesstrafe für den Fall, daß die seitens eines Dritten vorgenommene Abtreibung mit tödlichem Ausgange für die Schwangere verknüpft war.

Was endlich den Umstand betrifft, daß Art. 172 des bayrischen Gesetzes den strafbaren Tatbestand bereits durch Herbeiführung einer „zu frühzeitigen Entbindung" verwirklicht sah[50]), so wurde dies, wie sich m. E. auch aus den Worten „zu früh-

---

hat, so ist dieselbe der Strafe des vier- bis achtjährigen Arbeitshauses unterworfen.

Art. 173: Gleicher Strafe macht sich teilhaftig: I. jeder andere, welcher an einer Schwangeren solche Handlung (Art. 172) vorgenommen hat; wenn aber II. eine solche Handlung wider Willen der Mutter geschehen ist, so soll der Verbrecher schon wegen der bloßen Anwendung abtreibender Mittel ohne Erfolg, mit der im Art. 172 angedrohten Strafe und III. wenn zugleich die Mutter dadurch in Lebensgefahr gesetzt oder ein andauernder Nachteil an ihrer Gesundheit gestiftet wurde, mit sechzehn- bis zwanzigjährigem Zuchthause bestraft werden. IV. Ist endlich der Tod der Mutter daraus entstanden, so hat der Täter das Leben verwirkt."

[48]) Die gleiche praesumtio iuris et de iure findet sich noch in den Strafgesetzbüchern von Hannover (Art. 236) und Baden (§ 251).

[49]) Es geht zu weit, wenn Jungmann (S. 15) die Einführung dieser Präsumtion als „sehr praktisch" rühmt. Der Umstand, daß sie häufig eine große Erleichterung für den Strafrichter bedeutet, kann uns nicht hindern, sie als dem auf Erforschung des wahren Sachverhalts gerichteten Prinzip des Strafprozesses widersprechend grundsätzlich zu verwerfen. Allerdings hat das Nichtbestehen dieser Präsumtion zur Folge, daß wegen der Schwierigkeit der Kausalitätsnachweises heute in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nur wegen versuchter Abtreibung angeklagt oder verurteilt wird, eine Halbheit, die man aber im Verhältnis zu der Kausalitäts-Präsumtion als das geringere Übel bezeichnen muß (vgl. unten § 9).

[50]) Ähnlich die meisten übrigen deutschen Strafgesetzbücher (vgl. u. a. Württemberg Art. 253, Sachsen Art. 128, Hessen Art. 281, Baden § 251 und auch das bayrische Gesetz von 1861 Art. 243); eine Auf-

zeitig" ohne weiteres herleiten läßt, meist dahin restriktiv interpretiert, daß der Abtreibungstatbestand nur dann vollendet war, wenn (der Embryo entweder im Mutterleibe getötet oder) die Frühgeburt eines zwar lebenden, jedoch nicht lebensfähigen Kindes verursacht worden war[51]).

Im einzelnen brachten die partikulären deutschen Strafgesetze auch verschiedene selbständige die Strafbarkeit des Täters erhöhende oder mindernde kriminelle Gesichtspunkte, u. a. die von Braunschweig (§ 155), Hessen (Art. 283) und Baden (§ 252) als Strafschärfungsgrund erwähnte Gewerbsmäßigkeit der Handlungsweise, weiterhin die dem code pénal entnommene Straferhöhung für Ärzte und Hebammen (Hessen Art. 285) und endlich graduelle Strafabstufungen je nach dem Alter des Embryo (Hannover Art. 236)[52]), nach der Art der bei der Abtreibung durch einen Dritten der Schwangeren zugefügten Gesundheitsschädigung (Hessen Art. 284, Baden § 254) sowie nach dem Umstande, ob die erfolgte Vernichtung eine innerhalb oder außerhalb der Ehe konzipierte Leibesfrucht betraf (Hessen Art. 281).

Diesen Kodifikationen gegenüber weisen die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Kraft getretenen partikulären deutschen Strafgesetzgebungen weniger prinzipiell neue kriminelle Gesichtspunkte hinsichtlich der strafrechtlichen Behandlung der Abtreibung auf, vielmehr liegt ihr Verdienst und ein Fortschritt gegenüber der früheren Gesetzgebung im wesentlichen darin, daß sie sich allmählich die Errungenschaften der strafferen Technik eines konzentrierten gesetzgeberischen Ausdrucks zu eigen machten. Aus dieser Zeit sind das bayrische Strafgesetzbuch von 1861, das sächsische Strafgesetzbuch von 1868 (Art. 160, 161) und das Hamburgische

fassung, die auch für das geltende Reichsstrafrecht noch vielfach vertreten wird (vgl. unten S. 60ff.).

[51]) Diese Auslegung der Worte „zu frühzeitig" oder „unzeitig" konnte einzig für das Strafgesetzbuch von Hannover nicht Platz greifen, da Art. 236 dieses Gesetzes ausdrücklich bestimmte: „Bei der Zumessung der Strafe ist darauf zu achten, ob das unzeitig zur Welt gekommene Kind am Leben erhalten worden."

[52]) Diese den obenerwähnten §§ 986, 987 ALR. entsprechende Bestimmung war wohl der letzte schwächliche Ausläufer der stoizistisch-kanonischen foetus-Lehre.

Kriminalgesetzbuch von 1869 (Art. 128) zu nennen. Ersteres beseitigte in den Art. 243—245 zugleich die wesentlichsten der älteren bayrischen Kodifikation anhaftenden Mängel, indem es, wie bereits erwähnt, die Kausalitätspräsumtion fallen ließ und die Todesstrafe aufhob, an deren Stelle es im Falle eines für die Schwangere tötlichen oder gesundheitlich dauernd nachteiligen Ausgangs der von einem Dritten vorgenommenen Abtreibungshandlung Zuchthausstrafe nicht unter zwölf Jahren normierte. Im übrigen stehen die bayrischen Strafbestimmungen sichtbar unter dem Einflusse der französischen Gesetzgebung, was vor allem in der in Art. 243 bestimmten Straflosigkeit des der Schwangeren selbst zur Last fallenden Abtreibungsversuchs zutage tritt[53]).

Von weit größerer Bedeutung für das geltende Recht waren jedoch die Vorschriften des nach langen Vorarbeiten im Jahre 1851 in Kraft gesetzten Preußischen Strafgesetzbuches, das die gegen die Abtreibung gerichteten Bestimmungen des Landrechts, die „sowohl hinsichts der Deutlichkeit als Vollständigkeit manches zu wünschen übrig ließen“[54]), einer gründlichen Durchsicht und Revision unterzog. Die §§ 181, 182 des preußischen Strafgesetzbuches[55]), die die für das Strafmaß bedeutungsvolle Teilung der Schwangerschaft in zwei Perioden, ferner die Einführung des Versuchstatbestandes als eines delictum sui generis sowie die Festsetzung einer besonderen Rückfallstrafe beseitigten, es aber — abweichend von der französischen und bayrischen Gesetzgebung — bei der Straf-

---

[53]) Vgl. Stenglein, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 2. Teil, S. 258, 288.

[54]) Motive zu dem von dem Revisor vorgelegten Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Dritter Band, 1. Abt. S. 207 (Berlin 1830).

[55]) „§ 181: Eine Schwangere, welche durch äußere oder innere Mittel ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Derjenige, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel angewendet oder verabreicht hat, wird mit der nämlichen Strafe belegt.

§ 182: Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen vorsätzlich abtreibt oder tötet, wird mit Zuchthaus von fünf bis zu zwanzig Jahren bestraft.

Wird dadurch der Tod der Schwangeren herbeigeführt, so tritt lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.“

barkeit des von der Schwangeren vorgenommenen Abtreibungsversuchs beließen, sind vor allem in ihrer Fassung für die entsprechenden Bestimmungen unseres Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 vorbildlich gewesen. Diese weichen von der preußischen Gesetzgebung lediglich in sprachlichen Einzelheiten, in verschiedenen Strafmaßen und in der Einführung des Instituts der mildernden Umstände sowie einer besonderen Strafnorm für die gegen Entgelt erfolgte Abtreibungshandlung eines Dritten ab[56]). Sie haben folgenden Wortlaut:

§ 218: „Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Dieselben Strafvorschriften finden auf denjenigen Anwendung, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat."

§ 218: „Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat."

§ 220: „Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen vorsätzlich abtreibt oder tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein."

Diese Strafvorschriften, die sich im wesentlichen als Quintessenz der die Strafbarkeit der Abtreibung normierenden deutschen Kriminalgesetzgebung des 19. Jahrhunderts darstellen, lassen von der gewaltigen Gärung, die die Grundlagen

[56]) Während die §§ 144—148 des österreichischen Strafgesetzbuches von 1852 sich eng an die Kodifikationen von 1787 und 1803 anlehnen, stimmen die §§ 229—231 des Entwurfes von 1874 — auch in den einzelnen Strafmaßen — mit den Bestimmungen des Deutschen Reichsstrafgesetzbuches überein. Dagegen bringt der österreichische Entwurf von 1891 (§§ 232—234) nur insofern eine geringe Änderung, als im Falle der Abtreibung durch einen Dritten mit tötlichem Ausgange für die Schwangere die Mindeststrafe auf 5 Jahre Zuchthaus herabgesetzt wird.

der Strafrechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten ergriffen hat, noch nichts verspüren. Insbesondere durch eine „unklare und fehlerhafte Fassung“[57]), aber auch infolge des durch diese Gärung bedingten Hineintragens neuer krimineller Gesichtspunkte in alle Zweige des geltenden Strafrechts, haben denn auch die gegen die Straftaten wider das keimende Leben erlassenen Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuchs den Anlaß zu zahlreichen Streifragen gegeben, die den Gegenstand der folgenden Erörterungen bilden sollen.

II. Die Straftaten wider das keimende Leben nach geltendem Reichsstrafrecht (unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuche).*)

1. Die Verbrechenssubjekte.

§ 5.

Die Straftaten wider das keimende Leben können nach den §§ 218—220 StGB. einerseits von der Schwangeren selbst, andererseits von dritten Personen begangen werden. Die Täterschaft des Dritten findet entweder „mit Einwilligung“ oder „ohne Wissen oder Willen“ der Schwangeren statt. Im ersten Fall ist eine gesetzliche Erhöhung des Strafmaßes für den „gegen Entgelt“ tätig gewesenen Dritten vorgesehen. Alle sonstigen in älteren Kodifikationen enthaltenen gesetzlichen Strafabstufungen nach der Person des Täters (wie die Unterscheidung der Abtreibung einer ehelich oder unehelich konzipierten Frucht, die erhöhte Straffälligkeit des mitwirkenden

[57]) v. Liszt S. 330.

*) Ein Eingehen auf die ausländische Gesetzgebung muß mir — bei der Fülle des Stoffes — hier versagt bleiben. Rechtsvergleichende Zitate zu den einzelnen Fragen finden sich vornehmlich bei Radbruch (Vgl. Darstellung) und E. v. Liszt (Kriminelle Fruchtabtreibung 1. Teil).

Ehemannes, die besondere Berücksichtigung der Medizinalpersonen u. a.) sind — ebenso wie schon im preußischen Strafgesetzbuche — fortgeblieben. Die Würdigung derartiger in der Person des Täters liegender Momente wird dem richterlichen Takt in der ihm durch die gesetzlichen Strafrahmen ermöglichten Strafzumessung überlassen.

Daß eine strafbare Täterschaft in gewissen durch die Persönlichkeit des Täters (Geisteskranke, Jugendliche) oder sachliche Gründe (Notstand, Irrtum u. a.) bedingten Fällen ausgeschlossen ist, ergibt sich aus den allgemeinen die Schuld des Täters oder die Strafbarkeit seiner Handlungsweise ausschließenden kriminellen Gesichtspunkten.

Von diesen in der Person des Täters begründeten, die Tätereigenschaft hindernden Momenten sieht Radbruch[1]) natürlich stillschweigend ab, wenn er an die Spitze seiner kurzen Erörterung über die Subjekte der Abtreibungshandlungen den Satz stellt: „Subjekt der Abtreibung in allen ihren Arten kann jedermann sein." Obschon aber diese Worte, wie gesagt, auch nur die Bedeutung haben sollen, daß Subjekt der Straftat jede im Sinne des Strafgesetzbuchs zurechnungs-, mithin deliktfähige Person sein könne, so ist dennoch die hierin zum Ausdruck kommende Auffassung Radbruchs m. E. unrichtig.

Wenn nämlich das Gesetz zwischen der Täterschaft der Schwangeren und der Täterschaft jeder dritten Person unterscheidet, so ist mit dem in den §§ 218 Abs. 3, 219, 220 StGB. im Gegensatze zu der Schwangeren selbst unter Strafe gestellten Dritten naturgemäß nicht etwa jede nicht schwangere Person, vielmehr, wie der Inhalt der diesbezüglichen Strafbestimmungen ohne weiteres ergibt, derjenige gemeint, der die strafbare Handlung nicht am eigenen Körper, sondern an einer anderen — schwangeren — Person vornimmt. Die Frage läuft also darauf hinaus, ob die eine Abtreibungshandlung am eigenen Körper vornehmende nicht schwangere Person unter das Strafgesetz fällt? — Daß eine Abortivmittel gebrauchende Nichtschwangere, die die Tatsache ihrer Nichtschwangerschaft kennt[2]), straflos ist, bedarf keiner weiteren

[1]) Abtreibung S. 164.

[2]) Derartige Fälle sind allerdings praktisch kaum denkbar; hier wird stets ohne weiteres Eventualvorsatz anzunehmen sein.

Erörterung; in diesem Falle fehlt begrifflich der auf Abtreibung der Leibesfrucht gerichtete Vorsatz. — Es kann sich somit nur um die Frage handeln, ob die am eigenen Körper Abtreibungshandlungen vornehmende irrtümlich schwanger zu sein glaubende Person Subjekt der nach § 218 Abs. 1 strafbaren Handlung sein kann. Diese Frage nach der Strafbarkeit des von einer vermeintlichen Schwangeren bewirkten Abtreibungsversuchs ist de lege lata zu verneinen.

Das Reichsgericht, dem Radbruch a. a. O. folgt, hat dagegen in dauernder Rechtsprechung die Strafbarkeit mit m. E. unschlüssiger Begründung bejaht[3]). Die der reichsgerichtlichen Auffassung zugrundeliegenden Erwägungen sind insbesondere folgende: Einerseits entspreche der in § 218 enthaltene Ausdruck „Eine Schwangere" der Tatbestandsbezeichnung des vollendeten Verbrechens, jedoch nicht der des strafbaren Versuchs[4]); andererseits biete das Gesetz keinen Anhalt dafür, daß dieser Ausdruck in ähnlicher Weise wie etwa der Ausdruck „Beamter" eine aus der Schwangerschaft abgeleitete besondere Deliktskategorie bezeichne, bei der die Verübung des Delikts in allen Stadien des Versuchs und der Vollendung notwendig in einer Täterin diese Eigenschaft voraussetze und ohne sie nicht denkbar sei[5]) [6]).

Beide Argumente sind dem unzweideutigen Wortlaute der Gesetzesbestimmung gegenüber nicht beweiskräftig: Wenn auch eine strenge Parallele der Straftaten wider das keimende Leben mit der die Beamtenqualität voraussetzenden besonderen Deliktskategorie der „Verbrechen und Vergehen im Amte" insofern nicht zu ziehen ist, als die Eigentümlichkeit der ersteren durch einen bestimmten körperlichen Zustand, die der letzteren durch eine charakteristische staatliche Berufsstellung des Täters bedingt wird, so sind doch sowohl die

[3]) Insbes. Bd. 8 S. 198ff., Bd. 34 S. 220; auch Bd. 29 S. 421.

[4]) Bd. 8 S. 200, Bd. 34 S. 220.

[5]) Bd. 8 S. 200.

[6]) Der reichsgerichtlichen Argumentation folgt auch v. Bülow in seiner Besprechung der Behandlung des untauglichen Versuchs im Vorentwurfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (DJZ. 1910 S. 217ff.), indem er sich gegen Binding wendet, der die dem § 218 in dieser Hinsicht vom Reichsgericht zuteil gewordene Auslegung als eine „Vergewaltigung des Gesetzes" bezeichnet.

Schwangerschaft als auch die Beamteneigenschaft Tatbestandsmerkmale, ohne deren Vorliegen die Strafbarkeit oder (bei den Amtsverbrechen) die besonders erhöhte Strafbarkeit der Handlung entfällt[7]).

Ebenso ist der Hinweis darauf, daß der Ausdruck „Eine Schwangere" lediglich der Tatbestandsbezeichnung des vollendeten Verbrechens entspreche, ohne entscheidende Bedeutung. Denn wenn das Reichsgericht im 8. Bande a. a. O. in dieser Hinsicht ausführt, daß das Strafgesetzbuch im § 218 Abs. 1, wie es durchgängig geschehe, die bedrohte Handlung in der Gestalt definiere, die sie als vollendetes Delikt habe, nicht in derjenigen, welches sie als versuchtes Delikt annehmen könne, so ist dies zwar eine unbestreitbare Wahrheit, beweist aber für die dort vertretene Auffassung nicht das geringste, da man zur Findung des konkreten Versuchsbegriffs aus der den Vollendungstatbestand bezeichnenden Gesetzesbestimmung nicht beliebige, vielmehr nur die gerade für das Vollendungsstadium charakteristischen Tatbestandsmerkmale eliminieren darf. Von der — unzweifelhaft für die vollendete Handlung gegebenen — gesetzlichen Definition ausgehend ist demnach der Versuchsbegriff durch Einsetzung der für die Versuchshandlung wesentlichen Merkmale zu gewinnen: Definiert also das Gesetz die vollendete Tat des § 218 Abs. 1 mit den Worten: „Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet", so ergibt sich für die versuchte Abtreibungshandlung des § 218 Abs. 1 der Wortlaut: „Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abzutreiben oder im Mutterleibe zu töten versucht . . ." oder — unter Anwendung der im § 43 StGB. für den Versuch gegebenen Begriffsbestimmung — „Eine Schwangere, die den Entschluß, ihre Frucht vorsätzlich abzutreiben oder im Mutterleibe zu töten, durch Handlungen betätigt hat, welche einen Anfang der Ausführung usw. . . ."[8]).

---

[7]) Eine sich irrtümlich für einen Beamten haltende Person ist wegen passiver Bestechung gar nicht, wegen Nötigung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung usw. nicht nach §§ 339ff., sondern lediglich nach §§ 240, 223, 239 usw. zu bestrafen.

[8]) Ähnlich Mayer (DJZ. 1902 S. 330ff.), der jedoch — abweichend von uns (vgl. die folgenden Ausführungen) — die Frage in erster Linie

Wir gelangen also zu dem von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung abweichenden Ergebnis, daß die tatsächlich vorhandene Schwangerschaft ein auch für das Versuchsstadium[9]) vom Gesetze begriffsnotwendig erfordertes Tatbestandsmerkmal, die von einer sich fälschlich für schwanger haltenden Person am eigenen Körper vorgenommene Abtreibungshandlung mithin straflos ist[10]).

Dagegen bestrafen unsere Gerichte der reichsgerichtlichen Judikatur folgend allgemein auch die von — oder an[11]) — einer nicht oder (auf den Strafprozeß bezogen) nicht nachweislich Schwangeren vorgenommene Abtreibungshandlung. Daß diese Gerichtspraxis bei der vielfach vorhandenen Schwierigkeit der Beweisführung hinsichtlich des Vorliegens der Schwangerschaft in manchen Fällen heilsam wirken kann, ist nicht zu verkennen[12]). Auf diese Weise allein ist der Strafrichter der Abtreibenden gegenüber, die ihre Schwangerschaft dem wahren Sachverhalte zuwider bestreitet und deren Schwangerschaft sonst zu erweisen er außerstande ist, nicht machtlos, da nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts für die Verurteilung wegen versuchter Abtreibung die Frage nach der tatsächlich vorhanden gewesenen Schwangerschaft entfällt.

Dieser Gesichtspunkt ist naturgemäß für die oben begründete de lege lata vertretene Auffassung bedeutungslos, kann aber auch nicht — angenommen, daß uns de lege ferenda die Beibehaltung der Strafbarkeit der von einer tatsächlich Schwan-

---

unter dem Gesichtspunkte des Versuchs am untauglichen Objekt, also mittels einer Auslegung des § 43 StGB. beantwortet.

[9]) Für die vollendete Abtreibung ist vermeintliche Schwangerschaft ja begrifflich undenkbar.

[10]) Beizupflichten ist dem RG. allerdings, wenn es (Bd. 8 S. 200) gegen den die Strafbarkeit gleich uns verneinenden Vorderrichter insofern polemisiert, als dieser nach seinen Urteilsgründen zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre, wenn das Gesetz statt der Worte „Eine Schwangere" die Worte „Wer" oder „Eine Frauensperson" gebraucht hätte. Auch eine derartige Bezeichnung würde den hier vertretenen Standpunkt nicht berühren, da die alsdann folgenden Worte „ihre Frucht abtreibt oder im Mutterleibe tötet" ebenfalls das begriffsnotwendige Tatbestandsmerkmal der Schwangerschaft bergen.

[11]) Vgl. unten Anm. 16.

[12]) Hierüber auch Lucas, Anleitung 2. Teil S. 86.

geren vollendeten oder versuchten Abtreibung empfehlenswert schiene[13]) — zu diesseitiger Befürwortung der künftigen Strafbarkeit des von einer vermeintlich (nicht nachweislich) Schwangeren vorgenommenen Abtreibungsversuchs führen, da eine solche u. E. für die zahlreichen Fälle, in denen eine Schwangerschaft tatsächlich nicht vorgelegen hatte[14]), eine Überspannung des in der antisozialen Gesinnung des Täters liegenden legislativen Bestrafungsgrundes bedeuten und somit in einem Mißverhältnis zu dem objektiven Strafbarkeitsmomente, d. i. der konkreten Benachteiligung oder Benachteiligungsmöglichkeit der menschlichen Gesellschaft, des Staats, der Familie usw. stehen würde.

Dem von Radbruch a. a. O. zur Begründung der reichsgerichtlichen Auffassung Ausdruck gegebenen Gedanken, der Umstand, daß die Abtreibung auch von Dritten begangen werden könne, zeige deutlich, daß die Schwangerschaft des Täters nicht Voraussetzng der Bestrafung sei, vermag ich schlechterdings nicht zu folgen. Will Radbruch damit eine Abortivmittel gebrauchende vermeintlich Schwangere zu den dritten Personen zählen?! Undenkbar, da das Gesetz ja, wie bereits erwähnt, zwischen der abtreibenden Schwangeren und dem abtreibenden Dritten, d. i. einer auf eine andere durch Abtreibungshandlungen einwirkenden Person, unterscheidet. Und wie die gesetzlich normierte Bestrafung derartiger „in re aliena" handelnder dritter Personen irgendwie für die Strafbarkeit der von einer vermeintlich Schwangeren an sich selbst vorgenommenen Abtreibungshandlungen beweiskräftig sein sollte, ist einfach unerfindlich.

Auch den folgenden Worten Radbruchs „Die Frage, ob auch die nur vermutlich Schwangere[15]) sich der Abtreibung nach § 218 Abs. 1 schuldig machen kann, ist nicht eine Frage danach, ob sie taugliches Subjekt, sondern ob sie taugliches Objekt der Abtreibung oder ob auch der Versuch am untauglichen Objekt strafbar ist", kann ich nicht beistimmen. Gerade

---

[13]) Hierüber unten III.

[14]) was in den ersten Stadien bekanntlich auch für die Schwangere selbst nur unsicher feststellbar ist.

[15]) Offenbar ein Druckfehler; soll heißen: „vermeintlich Schwangere".

für den Fall des § 218 Abs. 1 entfällt eine Stellungnahme zu dem Probleme der Bestrafung des Versuchs am untauglichen Objekt aus folgender Erwägung:

Objekt der von einer Schwangeren am eigenen Leibe vorgenommenen Abtreibungshandlung ist die Leibesfrucht. Subjekt dieser Straftat ist nach der hier vertretenen Auffassung die tatsächlich Schwangere. Ist eine Leibesfrucht nicht vorhanden, eine Schwangerschaft nicht vorliegend, so ist die Abtreibungshandlung sowohl am untauglichen (nicht vorhandenen) Objekt als auch zugleich und in erster Reihe von einem der Straftat gar nicht fähigen (untauglichen) Subjekt ausgeführt worden. Die Frage nach der Bestrafung des Versuchs am untauglichen Objekt wird also für den § 218 Abs. 1 durch die begrifflich damit zusammenfallende, von uns verneinte Frage nach der Täterqualität der vermeintlich Schwangeren, dem tauglichen Subjekt der Abtreibungshandlung aufgesogen. Demnach sind die für die Bestrafung des Versuchs am untauglichen Objekt maßgebenden Grundsätze (auch wenn die diesbezüglichen Zweifelsfragen gesetzlich geklärt wären) gegenüber der diese Frage absorbierenden, die Untauglichkeit der vermeintlich Schwangeren als eines Subjekts der Straftat regelnden lex specialis des § 218 Abs. 1 ohne jede Bedeutung [16]).

[16]) Zu der gleichen die Strafbarkeit verneinenden Entscheidung muß man auch für den Fall gelangen, daß der Dritte Subjekt der an einer — von ihm fälschlich für schwanger gehaltenen — Frau vorgenommenen Abtreibungshandlung ist. Auch hier ist nach dem klaren Gesetzeswortlaute („welcher mit Einwilligung der Schwangeren", „wer einer Schwangeren" usw.) die Schwangerschaft Tatbestandsmerkmal der Versuchshandlung. Von der oben erörterten Frage ist dieser Fall nur insofern verschieden, als es sich hier nicht um die Täterqualität, die Tauglichkeit des Subjekts, sondern allein um die Tauglichkeit oder vielmehr Untauglichkeit des Objekts der Tat handelt. Zur Entscheidung dieser — daher eigentlich in die Lehre vom Versuch am untauglichen Objekt gehörigen — Frage mag hier nur (wegen des Zusammenhangs mit dem im Texte behandelten — in die Lehre von den Subjekten der Straftat gehörigen — Falle) bemerkt werden, daß auch von der Strafbarkeit des Dritten nicht die Rede sein kann, da das gesetzlich erforderte Tatbestandsmerkmal der wirklich vorhanden gewesenen Schwangerschaft eine Regelung des am untauglichen Objekt vorgenommenen Abtreibungsversuchs in einem die Strafbarkeit verneinenden Sinne bedeutet.

Des weiteren gelangt denn Radbruch auch tatsächlich dazu, in dem von Boccaccio erzählten Scherzfalle, daß lustige Gesellen einem Manne einreden, er sei schwanger, und dieser daraufhin zu Abortivmitteln greift, die Möglichkeit eines strafbaren Abtreibungsversuchs zu bejahen (!), eine Folgerung, die auf Grund des — hier verworfenen — reichsgerichtlichen Standpunkts durchaus gerechtfertigt erscheinen möchte. Da die Frage der Bestrafung der selbsttätigen vermeintlich Schwangeren nach der u. E. irrigen Auffassung des Reichsgerichts und Radbruchs eine Frage nach der Kriminalität des Versuchs am untauglichen Objekt ist, das Reichsgericht aber alle Konsequenzen seiner Auffassung zieht, nämlich den Versuch am eigentlich untauglichen Objekt (Kindesmord am totgeborenen Kinde) wie den Versuch am gar nicht vorhandenen Objekt (Abtreibungsversuch der vermeintlich Schwangeren; nicht vorhandene Leibesfrucht) für strafbar erachtet, so müßte es den letzteren folgerichtig auch ohne Berücksichtigung des Umstandes bestrafen, ob eine physiologische Unmöglichkeit der Schwangerschaft vorlag. Wenn man daher die Entscheidung der Frage allein auf die Untauglichkeit bzw. das Nichtvorhandensein des Objekts abstellt, so wäre der Fall des Boccaccio nicht anders zu beurteilen, als z. B. der Fall, daß eine Frau, der die die Schwangerschaft ermöglichenden Organe auf operativem Wege entfernt worden sind, sich trotzdem schwanger glaubt und Abortivmittel nimmt. Hier müßte das Reichsgericht in folgerichtiger Durchführung seines Standpunkts einen strafbaren Abtreibungsversuch annehmen; und hier sowohl wie bei Abtreibungshandlungen eines sich schwanger wähnenden Mannes läge Abtreibungsversuch am nicht vorhandenen Objekte vor, mit der Besonderheit, daß in beiden Fällen die erforderliche objektive Beschaffenheit, nämlich die Schwangerschaft, das Vorhandensein einer Leibesfrucht physiologisch ausgeschlossen war. Dennoch glaube ich, daß das Reichsgericht die beiden Fälle verschieden beurteilen würde, indem es die maßgebende Frage insoweit für eine Frage nach dem Subjekte der Tat erachten würde, als es zwar nicht die Schwangerschaft, wohl aber wenigstens das weibliche Geschlecht des Täters als Tatbestandsmerkmal des § 218 Abs. 1 ansehen, mithin — der Anschauung Radbruchs entgegen —

in dem (praktisch natürlich bedeutungslosen) Falle des Boccaccio zu einer Verneinung der Strafbarkeit kommen würde[17]).

Auf diese Frage von dem hier vertretenen Standpunkt aus einzugehen erübrigt sich, da nach der oben begründeten diesseitigen Auffassung nur die tatsächlich Schwangere Subjekt eines gemäß §§ 218 Abs. 1, 43 StGB. strafbaren Abtreibungsversuchs sein kann.

Als Subjekte der Abtreibungsverbrechen kommen lediglich physische Personen in Betracht. Die generelle Deliktsfähigkeit juristischer Personen[18]) wird nach geltendem Recht übereinstimmend verneint, da ihnen als nur „fingierten Rechtssubjekten die natürliche Handlungsfähigkeit und damit zugleich die strafrechtliche Verantwortlichkeit für dasjenige, was ihre Organe in ihrer Vertretung handeln, abgeht. Strafbar können sich für ihre Handlungen nur die Vertreter für ihre Person machen. Deren Strafbarkeit aber setzt voraus, daß in ihrer Person und in demjenigen, was sie tun, der gesamte Tatbestand der vom Gesetz mit Strafe bedrohten Handlung sich erfülle, wie er in dem einschlagenden Strafgesetz normiert ist“[19]).

Wenn also — um ein an sich denkbares Beispiel zu wählen — eine Schwangere durch Schreiben eines rechtsfähigen Vereins aus bestimmten Gründen (etwa weil die Fortdauer der Schwangerschaft sie an einer dem Vereine wichtigen Tätigkeit hindern würde) zur Abtreibung der Leibesfrucht angestiftet wird, so wären lediglich diejenigen Vorstandsmitglieder, deren durch Unterzeichnung des Schreibens zum Ausdruck gebrachter Anstiftungswille die Schwangere zu der Tat bestimmt hat[20]), wegen Anstiftung zur Abtreibung zu bestrafen.

---

[17]) Eine Würdigung der sich für Zwitter hiernach etwa ergebenden besonderen rechtlichen Gesichtspunkte würde zu weit führen.

[18]) Hierüber insbes. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 743ff., Hafter, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, v. Liszt S. 122, v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II, S. 133ff., Olshausen 1. Bd. S. 216, Binding, Handbuch Bd. 1 S. 310, v. Lilienthal, Die Strafbarkeit der juristischen Personen (Vgl. Darstellung, Allg. Teil, V. Bd. S. 87ff.).

[19]) RG. Bd. 16 S. 123.

[20]) Wäre z. B. das Schreiben von A, B und C unterzeichnet und würde festgestellt, daß die Schwangere allein durch die den Anstiftungs-

Die Frage, ob die Deliktsfähigkeit der Personenverbände an sich denkbar und de lege ferenda in gewissem Umfange empfehlenswert ist[21]), ist für die Abtreibung ohne erhebliche praktische Bedeutung, da sowohl das Handeln wie die Bestrafung[22]) einer juristischen Person nur in den durch ihr unkörperliches Wesen bedingten engen Grenzen möglich sind.

2. Das Verbrechensobjekt.

§ 6.

Objekt der Straftaten wider das keimende Leben ist, wie wir bereits sahen, die menschliche Leibesfrucht, der Embryo.

Diese — im übrigen unbestrittene — Auffassung teilt für das geltende deutsche Recht auch Hrehorowicz[1]), während er in seinen allgemeinen Ausführungen[2]) seltsamerweise erklärt, es sei unmöglich sich den foetus als Gegenstand der Abtreibung zu denken, schon darum, weil eine direkte Einwirkung auf den foetus durch Abortivmittel undenkbar sei; vielmehr sei die Schwangere Objekt der Tat, eine Ansicht, der das eventuelle Zusammenfallen von Subjekt und Objekt der Abtreibungshandlung nicht entgegenstehe, da ja auch bei strafbarer Selbstverstümmelung der Rekrut und nicht die verletzten Körperteile Objekte der strafbaren Verstümmelung seien. Diese den Embryo als pars viscerum den Gliedern des

willen bergende Äußerung des ihr vielleicht besonders vertrauenswürdig erscheinenden A zu der Tat bestimmt worden ist, so wären B und C, deren Äußerungen der Abtreibungshandlung der Schwangeren nicht kausal waren, nur nach § 49a StGB. zu bestrafen.

Würde andererseits erwiesen, daß einer von den dreien den Brief, ohne von dem Inhalte Kenntnis zu nehmen, unterschrieben hat, so wäre dieser mangels Vorhandenseins des Anstiftungs- (§ 47) oder Aufforderungsvorsatzes (§ 49a) straflos.

21) Vgl. v. Liszt a. a. O. und v. Lilienthal a. a. O. S. 97ff.

22) Vgl. v. Lilienthal a. a. O. S. 99: „Denkbar sind: Geldstrafen, Einziehung von Vermögensgegenständen, Stellung unter Polizeiaufsicht, Entziehung von Privilegien und Ehrenrechten, Verweis, Veröffentlichung des Urteils und endlich Auflösung des Verbandes."

1) S. 85.

2) S. 20ff.

menschlichen Körpers gleichstellende Auffassung ist unhaltbar und auch durch die unbestreitbare Tatsache, daß die Leibesfrucht kein selbständiges, sondern ein von dem Leben der Mutter abhängiges durch den mütterlichen Blutkreislauf bedingtes Leben führt, nicht zu rechtfertigen, da ja der legislative Grund der Bestrafung der Abtreibung die Erwägung ist, daß die ein unselbständiges Leben führende Leibesfrucht ihres künftig zu erwartenden selbständigen menschlichen Daseins wegen schutzwürdig sei, der Staat also die Leibesfrucht trotz ihres abhängigen physiologischen Lebens ausdrücklich zu einem durch seine Gesetzgebung zu schützenden Objekte strafbarer Handlungen erhebt. Ebenso ist — ganz abgesehen von der medizinischen Unrichtigkeit der Behauptung Hrehorowicz' — für diese Frage die Art der Einwirkungsmöglichkeit auf den foetus durchaus belanglos. Es würde zu eigentümlichen Konsequenzen führen, wenn die Eigenschaft als Objekt einer Straftat notwendig dadurch bedingt wäre, daß im Augenblicke der Handlung die Möglichkeit einer unmittelbaren körperlichen Berührung des Täters und des Objekts seiner Tat gegeben sei[3]).

Wie die geschichtliche Entwicklung gezeigt, ist man in der deutschen Gesetzgebung erst im Laufe der letzten Jahrhunderte dazu gelangt, sich von der der naturwissenschaftlichen Erkenntnis widerstreitenden Unterscheidung des belebten vom unbelebten foetus völlig freizumachen. Die Feststellung, daß mit der Vereinigung von Spermazelle des Mannes und Eizelle des Weibes sowie der hierdurch herbeigeführten Befruchtung der letzteren das physiologische Leben des foetus anhebt, von diesem Augenblicke der Empfängnis an also eine der Vernichtung fähige Leibesfrucht vorhanden ist, ist stillschweigender Bestandteil der modernen Gesetzgebung geworden. Die sich von der Konzeption an gleichmäßig ent-

---

[3]) In weiterem (uneigentlichem) Sinne ist allerdings auch die Schwangere Gegenstand der Abtreibungshandlung insofern, als die Einwirkung auf den Embryo zugleich eine Gefährdung der körperlichen Integrität der Schwangeren bedeutet. Objekt im technischen Sinn ist aber nur die Leibesfrucht, auf die zwar vielfach nur mittelbar körperlich eingewirkt wird, gegen die sich aber stets der unmittelbare Einwirkungsvorsatz richtet.

wickelnde Leibesfrucht ist hiernach in allen Stadien der Schwangerschaft gleichmäßig Objekt der Abtreibungsverbrechen.

Objekt der Abtreibungsverbrechen ist aber nur die menschliche, d. h. die der Entwickelung zu einem Menschen fähige Leibesfrucht.

Dieser — sehr bestrittene — Satz veranlaßt uns zu der nicht unschwierigen Frage Stellung zu nehmen, ob die Vernichtung der in mancherlei Formen vorkommenden embryoähnlichen Mißbildungen im Mutterleibe unter das Strafgesetz der §§ 218ff. fällt:

Unter dem gemeinsamen Begriff der Mola vereinigte man längere Zeit fälschlich zwei grundsätzlich verschiedene im mütterlichen Organismus vorkommende physiologische Erscheinungen, nämlich einerseits die eine Konzeption voraussetzenden, eine anomale Entartung des befruchteten Eis darstellenden Gebilde, andererseits die heute noch als „falsche Molen" bezeichneten krankhaften Zustände der weiblichen Organe, die von einer Befruchtung unabhängig sind und infolge von Anschwellungen der Gebärmutter schwangerschaftsähnliche, in der betreffenden Person häufig die Vorstellung wahrer Schwangerschaft erweckende Zustände hervorrufen. Nur im ersteren Falle kann man überhaupt die Frage aufwerfen, ob derartigen Gebilden die Eigenschaft von Objekten der Abtreibungshandlungen zukomme, während bei den sog. falschen Molen eine Schwangerschaft, eine Leibesfrucht gar nicht vorhanden ist, mithin lediglich die reichsgerichtliche Judikatur über den Versuch am nicht vorhandenen Objekt zu einer Bestrafung des sich (oder einen anderen) schwanger wähnenden, an sich (oder einem anderen) Abtreibungshandlungen vornehmenden Täters führen kann[4]). Dagegen kommt den aus einer Konzeption entstandenen echten Molen zunächst ebenso wie dem Embryo „Leben" im biologischen Sinne zu, wie jedem Gewebe, „das bis zu seiner Ausstoßung aus der Gebärmutter in einem organischen Zusammenhange mit dem lebenden mütterlichen Gewebe sich befand"[5]). Die medizinische Wissenschaft ist jetzt darüber

[4]) Bd. 8 S. 204.

[5]) Ahlfeld, Nasciturus S. 75.

im klaren, daß eine „echte" Mole „ein degeneriertes befruchtetes Ei ist, in welchem der Embryo infolge pathologischer Vorgänge in ihm selbst oder in seinen Umhüllungen früh abgestorben und meist im Fruchtwasser vollständig resorbiert ist"[6]). Immerhin kommt diesen Mißbildungen, unter denen man vorzugsweise Blasen- oder Traubenmolen[7]), Fleischmolen[8]) und Parasiten[9]) unterscheidet, wie gesagt, für eine gewisse Zeit das gleiche „Leben" zu wie dem normal gestalteten Embryo, von dem sie sich — abgesehen von ihrer nicht menschenähnlichen Gestalt — eben dadurch unterscheiden, daß sie nicht über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus entwicklungsfähig sind, daher in den ersten Stadien der Schwangerschaft absterben und meist bis zum vierten oder fünften Monat ausgestoßen werden.

Die Frage, ob diese Molen (taugliche) Objekte der Straftaten aus §§ 218ff. darstellen, ist, wie erwähnt, sehr bestritten[10]). Den Charakter einer selbständigen Kontroverse hat diese Frage jedoch nur für den Fall, daß die Mole noch während ihrer „Lebenszeit" vernichtet worden ist. Denn die Frage der Strafbarkeit der an einer bereits abgestorbenen Mole vorgenommenen Abtreibungshandlung beantwortet sich — ebenso wie die Frage nach der Kriminalität der Abtreibung eines abgestorbenen Embryo — je nach der

---

[6]) v. Fabrice S. 50.

[7]) „Diese Gebilde entstehen nur nach einer stattgehabten Befruchtung aus Ei und Samen, werden monatelang wie ein schwangeres Ei in der Gebärmutter getragen und aus derselben wie eine Fehlgeburt ausgestoßen. Die Trägerin dieser Mole ist meist der Ansicht, sie berge eine sich entwickelnde Frucht. Auch der Arzt kann sehr lange im Zweifel sein, ob es sich um eine richtige Schwangerschaft handele oder nicht." Ahlfeld S. 30.

[8]) Vgl. Ahlfeld S. 30, v. Fabrice S. 50.

[9]) Das sind herzlose, eine Zwillingsschwangerschaft voraussetzende Früchte, die von einem Embryo ernährt werden (vgl. Ahlfeld a. a. O.).

[10]) Vgl. insbes. v. Holtzendorff, Handbuch 3, S. 457; Radbruch S. 165, 166; Jungmann S. 22; Ortloff, Die strafbaren Handlungen S. 168; Frank S. 346; Rüdorff-Stenglein S. 476; Hälschner, Preußisches Strafrecht II, S. 120; Oppenhoff S. 502; Olshausen S. 828. Die Frage wird jedoch meist nicht mit der genügenden Schärfe erfaßt, da in der Regel nicht deutlich zwischen der lebenden und der abgestorbenen Mole unterschieden wird.

Stellungnahme zu dem Probleme des Abtreibungsversuchs am untauglichen Objekt. Die uns hier interessierende Frage lautet also: Eignet der noch „lebenden" Mole die Fähigkeit, (taugliches) Objekt der vollendeten oder versuchten Abtreibung zu sein?

Wollte man der Entstehungsgeschichte der §§ 218ff. entscheidende Bedeutung beilegen, so müßte man von vornherein zu einer Verneinung der aufgeworfenen Frage kommen, da man bei der Abfassung der entsprechenden Bestimmungen des preußischen Strafgesetzbuchs (§§ 181ff.) weit davon entfernt war, unter „Leibesfrucht" auch Molen zu verstehen, diese vielmehr unberücksichtigt ließ, weil man auf Grund eines Gutachtens des „Medizinaldepartements" hierunter leblose Gebilde ohne menschliche Form verstand[11]). Diese den Molen das biologische Leben absprechende heut überwundene Anschauung kann jedoch bei fortgeschrittener naturwissenschaftlicher Erkenntnis für unsere Entscheidung der Frage nicht mehr maßgebend sein. Dennoch ist sie u. E. — in Widerspruch mit Olshausen und Frank[12]) — aus dem (bereits von Horch[13]) in diesem Zusammenhange mit Recht geltend gemachten) Gesichtspunkte zu verneinen, daß der Gesetzgeber die Leibesfrucht gegen Vernichtung nur in Erwartung ihres zukünftigen menschlichen extrauterinalen Lebens schützt, die Entwicklung zu menschlichem Leben jedoch bei der Mole eine physiologische Unmöglichkeit ist.

Leibesfrucht im Sinne der §§ 218ff. StGB. als Objekt der Abtreibungsstraftaten ist daher, wie bereits zu Beginn dieser Erörterung vorweggenommen, nur der lebendige und menschliche, d. h. der Entwickelung zu selbständigem menschlichen Leben befähigte Embryo.

Daß diese Auffassung in der Praxis zu gewissen Schwierigkeiten führen kann, verkenne ich nicht. Das Reichsgericht sowie die unteren Instanzen werden sie allerdings bei der gegenwärtigen Rechtsprechung kaum nachteilig empfinden, da

---

[11]) Goldtammer, Materialien Teil II S. 363 und in Goltdammers Archiv Bd. 5 S. 639.

[12]) a. a. O. (vgl. Anm. 10).

[13]) S. 37.

sie ja — auch innerhalb dieser Auffassung — stets die Versuchsstrafe (am untauglichen Objekt) verhängen können[14]). Lehnt man aber die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ab, so müßte die hier verteidigte Behauptung der Untauglichkeit der lebenden Mole als eines Objekts der Straftaten, streng genommen, stets dann zu einer Freisprechung führen, wenn nicht mit Sicherheit festgestellt wird, daß das durch die Abtreibungshandlung vernichtete Gebilde ein menschlicher Embryo und keine Mole war, eine Feststellung, die meist mit außerordentlichen Schwierigkeiten verbunden sein würde. M. E. kann man dieser unerwünschten Konsequenz nur dadurch begegnen, daß man, so bedenklich in der Regel irgendwelche Präsumierungen im Strafverfahren auch sind, von der naturwissenschaftlichen Tatsache der Seltenheit solcher Molenbildungen ausgehend — unbeschadet des etwaigen Gegenbeweises — annimmt, daß das vernichtete Gebilde ein Embryo und keine Mole gewesen ist[15]).

Daß die durch Abtreibungshandlungen auf einen toten Embryo (oder eine tote Mole) einwirkende Person straflos ist, wenn sie das mangelnde Leben der Leibesfrucht kannte, ist selbstverständlich, da hier der begrifflich erforderte auf eine lebende Leibesfrucht gerichtete Tötungs- bzw. Abtreibungsvorsatz fehlt[16]). Wie verhält es sich aber mit der Strafbarkeit einer Person, die eine lebende Mole in Kenntnis dieser Tatsache[17]) vernichtet? Wollen die Gegner der hier

---

[14]) Bd. 8 S. 204.

[15]) Ähnliche Schwierigkeiten bergen auch die Feststellungen, daß die Leibesfrucht noch vor der Tat gelebt habe (vgl. Ortloff a. a. O. S. 168) und daß die Vernichtung der Leibesfrucht der Anwendung des Abortivmittels kausal gewesen sei. Auch hier muß die Praxis den Regelfall bis zum Beweise des Gegenteils annehmen, andernfalls wäre sie gezwungen, die ganze Rechtsprechung wegen Abtreibung auf den untauglichen Versuch abzustellen.

[16]) Eine derartige Handlung bezeichnet Berner (S. 473) für den Fall, daß sie mit der pflichtgemäßen Besonnenheit ausgeführt wird, sogar mit Recht als eine verdienstliche; sie bedeutet „nicht so sehr Erregung als vielmehr Beseitigung einer Gefahr" (Wachenfeld, Strafrecht S. 297).

[17]) Die sichere Kenntnis dieser Tatsache ist zwar während der kurzen Lebenszeit der Mole heute auch für den Arzt kaum möglich (vgl. Anm. 7), mit fortschreitender Entwicklung jedoch immerhin denkbar; heute wird

vertretenen Auffassung in folgerichtiger Durchführung ihrer Ansicht die betreffende Person den Strafbestimmungen der §§ 218ff. unterwerfen? Das würde jedem gesunden Empfinden widersprechen. In diesem Falle könnten sie nur durch die Annahme des mangelnden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit helfen, eine etwas künstliche und vor allem die Tat zu Unrecht als objektiv rechtswidrig charakterisierende Lösung, die bei der diesseitigen Auffassung von der einer lebenden Mole fehlenden Objektsqualität vermieden wird.

Eine weit größere Bedeutung als der Frage nach der Strafbarkeit der Vernichtung einer lebenden Mole kommt jedoch einer anderen ebenfalls in die Lehre von den Objekten der Abtreibungsverbrechen gehörenden Streitfrage zu. Während nämlich der Beginn des Vorhandenseins einer Leibesfrucht mit dem Momente der Konzeption eine feststehende, jeder weiteren Erörterung entzogene Tatsache ist, ist die Endgrenze der Schwangerschaft, die Frage, wann der Embryo aufhört „Leibesfrucht", mithin Objekt der Abtreibungsverbrechen zu sein, außerordentlich zweifelhaft, kaum einheitlich zu entscheiden und dabei von größter praktischer Tragweite.

Die hervorragende Bedeutung der Feststellung dieses kritischen Augenblicks ist insbesondere im Hinblick auf folgende Fragen erkennbar:

Stellt die seitens eines Dritten oder seitens der Schwangeren vorsätzlich ausgeführte Vernichtungshandlung eine Straftat gegen die §§ 218ff. dar oder sind bezüglich des Dritten und der ehelich Schwangeren die Voraussetzungen der §§ 211ff. (Mord, Totschlag usw.), bezüglich der unehelich Schwangeren die Voraussetzungen des Tatbestandes der (vorsätzlichen) „Kindestötung" (§ 217) gegeben? Liegt fahrlässige Tötung eines Menschen (§ 222) oder — straflose — fahrlässige Abtreibung der Leibesfrucht vor? Ist die seitens der Schwangeren oder seitens des Dritten vorsätzlich oder fahrlässig bewirkte Verletzung eine — straflose — Verletzung der Leibesfrucht oder die Körperverletzung eines Menschen im Sinne der §§ 223ff. StGB.?

---

der Fall kaum praktisch werden, da man wohl stets auf Tötung eines Embryo gerichteten Eventualdolus annehmen kann.

Diese Fragen, deren Beantwortung sich nach der Feststellung des Objekts der Tat entscheidet, sind nicht allein Fragen nach der Subsumtion der Tat unter das eine oder das andere Strafgesetz, d. h. im Grunde Fragen des Strafmaßes, vielmehr hängt — wie bereits angedeutet — in den Fällen der fahrlässigen Vernichtungs- sowie der vorsätzlichen und fahrlässigen Verletzungshandlungen von der Entscheidung unserer Frage die Strafbarkeit oder Straflosigkeit der Tat ab.

In der von dem gegenwärtigen Stande biologischer Erkenntnis mitbestimmten Behandlung dieser Frage, deren Beantwortung durch die Vielgestaltigkeit des Geburtsvorganges erschwert wird und zu der der Gesetzgeber mit der dehnbaren Wortfassung der einschlägigen Vorschriften Stellung zu nehmen vermieden hat, haben sich verschiedene einander widersprechende Meinungen gebildet, von denen jedoch keine einzige autoritatives Ansehen erlangt hat:

Abgesehen von der fraglos irrtümlichen singulären Behauptung van Calkers[18]), das menschliche Dasein beginne auch in strafrechtlicher Beziehung erst mit der — durch § 1 BGB. für den Beginn der zivilistischen Rechtsfähigkeit als maßgebend erklärten — Vollendung der Geburt[19]), sowie der m. E. unzutreffenden Auffassung von Scherbius, der den Moment des Berstens der Eihäute für den den Beginn der menschlichen Existenz bestimmenden Zeitpunkt hält[20]), werden in der kriminalistischen Literatur insbesondere folgende Ansichten vertreten:

1. Der den Abschluß des fötalen und den Beginn des menschlichen Lebens darstellende Zeitpunkt sei der Eintritt der Geburtswehen bzw. (da die medizinische Wissenschaft zwischen Vorboten der Wehen, Vorwehen und Hauptwehen

[18]) S. 18.

[19]) Eine Meinung, die — wenigstens für den Tatbestand der Kindestötung — mit dem Wortlaute des § 217 (in . . . der Geburt) schlechthin unvereinbar ist.

[20]) S. 24. Die Begründung, man könne von „abtreiben" nicht mehr reden, wenn die Natur selbst die Frucht zwecks Ausscheidung aus dem Mutterleibe in Bewegung gesetzt habe, ist ein sprachlicher Formalismus und läßt des weiteren die Tatsache unberücksichtigt, daß die §§ 218ff. von abtreiben und im Mutterleibe töten sprechen.

unterscheidet) der ohne längere Unterbrechung zur Ausstoßung der Frucht führenden Hauptwehen[21]).

2. Erst mit dem Augenblicke, wo das Kind zum Teil, also mit irgend einem Gliede, den Mutterschoß verlassen habe und damit an die Außenwelt getreten sei, endige die fötale und beginne die menschliche Existenz[22]).

3. Entscheidend sei das Aufhören der fötalen Plazentaratmung und der Beginn des menschlichen Atmens durch die Lungen[23]) oder wenigstens die Möglichkeit der Lungenatmung[24]).

Zur Gewinnung des maßgebenden Zeitpunktes ist einerseits die Verwertung der den Geburtsvorgang betreffenden medizinischen Erfahrungen erforderlich, andererseits die Fassung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen[25]) zu berücksichtigen.

Um es gleich zu sagen: keine der oben genannten Theorien bietet eine restlos befriedigende Lösung der Frage.

Die Fassung des § 217 (in .... der Geburt) weist uns auf die Ansicht hin, daß der Eintritt der (Haupt-) Wehen der entscheidende Zeitpunkt sei, da dieser nach allgemeiner Anschauung den Beginn der Geburt, des Geburtvorganges bedeutet. Andererseits widerspricht es dem natürlichen Empfinden, die einen Embryo gleich nach Eintritt dieser Wehen vernichtende ehelich Schwangere oder dritte Person eventuell schon wegen Mordes oder Totschlags bestrafen zu müssen.

---

21) Insbes. Olshausen S. 811, 826; Frank S. 339, 345; Mittelstein, Mensch und Leichnam als Rechtsobjekt (Goltdammer Bd. 34, S. 173ff.); Wehrli, Der Kindesmord S. 94; Schütze S. 388; Hälschner, Das Gemeine Deutsche Strafrecht Bd. 2 S. 61 und RG. Bd. 9 S. 131ff., Bd. 26 S. 178.

22) v. Holtzendorff, Handbuch S. 451; Binding, Lehrbuch, bes. Teil, 1. Bd. S. 33, 37; Meyer-Allfeld S. 366; Oppenhoff S. 516; Thomsen S. 327; Katzenstein, Vorsätzliche Tötung S. 505—508 und RG. Bd. 1 S. 448.

23) Insbes. Ortloff, Kind oder Foetus? S. 58; Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation S. 29, 30; Wachenfeld, Strafrecht S. 294; Lammasch, Grundriß des Strafrechts S. 55.

24) v. Liszt S. 299, 308; Birkmeyer, Strafrecht S. 1162.

25) §§ 211ff.: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet ...“; § 217: „Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tötet ...“; § 218: „Eine Schwangere, welche ihre Frucht ... im Mutterleibe tötet ...“ usw.

Die den Austritt eines Gliedes aus dem Mutterleibe fordernde Theorie hat den Vorzug, ein sinnlich wahrnehmbares Unterscheidungsmerkmal zu geben und derjenigen Empfindung gerecht zu werden, die den Schwerpunkt der Frage in der Differenzierung der noch im Mutterleibe oder bereits in der Außenwelt stattfindenden Einwirkung auf das Kind erblickt. Die Schwäche dieser Theorie liegt insbesondere darin, daß erfahrungsgemäß mitunter wieder eine Zurückziehung des bereits an die Außenwelt gelangten Körperteiles stattfindet und daß in zahlreichen Fällen, vor allem bei den Fußgeburten, das immerhin prägnanteste Kennzeichen der „Menschwerdung", nämlich der Eintritt der Lungenatmung, unberücksichtigt bleibt.

Auch die den Augenblick der beginnenden Lungenatmnung als den entscheidenden Zeitpunkt bezeichnende Lösung krankt an den medizinischen Erfahrungstatsachen, daß ein Kind, das den Mutterleib bereits vollständig verlassen hat, bisweilen noch viele Minuten nicht atmet, jedoch (wie die Herztätigkeit beweist) lebt, andererseits die Lungenatmung mitunter schon eintritt, wenn das Kind sich noch vollständig im Mutterleibe befindet[26]).

Eine eingehendere Würdigung dieser verschiedenen Theorien unter Berücksichtigung der physiologischen Gesichtspunkte und der maßgebenden Gesetzesworte würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen; es mag daher nur darauf hingewiesen werden, daß auch die dieser Frage gewidmeten ausführlichen monographischen Untersuchungen[27]) zu dem Ergebnisse kommen, daß weder bei alleiniger Abstellung der Frage auf die naturwissenschaftliche Erkenntnis noch bei alleiniger Berücksichtigung der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen,

---

[26]) Vgl. Heimberger, Die Grenze zwischen Frucht- und Menschenleben S. 6.

Auch die diese Lösung aus Gründen der Beweissicherung als praktisch erscheinen lassende Lungenprobe wird von der neueren medizinischen Forschung als durchaus unzuverlässig bezeichnet (vgl. u. a. Ahlfeld, Nasciturus S. 49 und Strassmann, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin S. 517).

[27]) Insbes. Schliebeck, Die zeitliche Scheidung des Fruchtlebens vom Menschenleben im Strafrecht und die in Anm. 26 zitierte Schrift Heimbergers.

noch endlich bei einer sachgemäßen Verbindung beider Momente eine in jeder Hinsicht befriedigende Lösung zu gewinnen ist[28]). Am annehmbarsten erscheint noch die zwischen den zu 2 und 3 bezeichneten Theorien vermittelnde Ansicht Heimbergers[29]), der den Austritt der äußeren Atmungsorgane, d. h. des Kopfes, für den die Leibesfruchteigenschaft endigenden Zeitpunkt hält, da einerseits die Geburt des Kopfes der entscheidende Teil des Geburtsvorganges ist, andererseits — wenigstens in der Regel — der Austritt des Kopfes den Beginn der menschlichen Atmung durch die Lungen bedeutet.

Wie man sich aber auch zu der Frage stellen mag, jede Entscheidung im einen oder anderen Sinne wird mit gewissen Konzessionen verbunden sein und in Grenzfällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Es muß daher v. Liszt[30]) grundsätzlich beigepflichtet werden, wenn er in dieser Hinsicht ausführt: „Für den Gesetzgeber ist kein Anlaß vorhanden, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Wohl aber sollte ihm der Streit der Meinungen zeigen, daß die Strafandrohungen gegen Tötung einerseits und die gegen Abtreibung andrerseits zueinander in ein richtiges Verhältnis gesetzt werden müssen. Wenn die Abtreibung in kaum merkbaren Abstufungen in die Kindestötung übergeht, so muß das Gesetz dem Rechnung tragen. Es wird sich zunächst empfehlen, nicht bloß die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Abtreibung unter Strafe zu stellen; dann aber die Straf-

---

[28]) Auch die mit Rücksicht auf den Sondertatbestand des § 217 StGB. naheliegende Verneinung der Annahme eines einheitlichen Grenzzeitpunktes, etwa mit der Maßgabe, daß für die „Kindestötung" der Beginn der Hauptwehen, im übrigen der naturwissenschaftlich zu ergründende Beginn des menschlichen Daseins (z. B. die Lungenatmung) entscheidend sei, erscheint nicht angängig, da der Tatbestand der Kindestötung nur für die uneheliche Mutter gilt, so daß bei obiger Annahme der gleiche Fall unter Umständen zu einer Bestrafung der unehelichen Mutter wegen Kindestötung, der ehelichen Mutter nur wegen Abtreibung führen würde, eine Konsequenz, die mit dem im § 217 enthaltenen legislativen Gedanken der milderen Beurteilung der von einer unehelichen Mutter vorgenommenen Vernichtungstat in unlöslichem Widerspruch stehen würde.

[29]) a. a. O. S. 7ff.

[30]) Tötung und Lebensgefährdung (Vergleichende Darstellung, bes. Teil, Bd. V S. 9, 10).

rahmen für Tötung und die für Abtreibung, mag es sich um vorsätzliche oder fahrlässige Begehung handeln, ineinander übergehen zu lassen. Unter dieser Voraussetzung wird auch die unrichtige Subsumtion des Einzelfalles unter diesen oder jenen Begriff ohne wesentlichen Nachteil für die Rechtspflege bleiben“ [31]).

3. Die verbrecherische Handlung (Begriff der „Abtreibung“) und ihre Mittel.

§ 7.

Die dogmatisch bedeutsamste Frage aus der ganzen Abtreibungslehre ist naturgemäß die Frage nach dem Inhalt der verbrecherischen Handlung.

Die in dieser Hinsicht durch die undurchsichtige Fassung des Gesetzestextes sowie durch die Unklarheit der den maßgebenden Strafbestimmungen zugrunde liegenden legislativen Erwägungen ermöglichte Kontroverse ist kurz dahin zu präzisieren:

Werden die in den §§ 218ff. unter Strafe gestellten Handlungen unter dem Gesichtspunkte der Gefährdung des embryonalen bzw. des zukünftigen extrauterinalen Lebens gestraft oder haben sie den Charakter reiner Tötungsdelikte? Mit anderen Worten: Ist zum Tatbestande des vollendeten Verbrechens stets die Vernichtung der Leibesfrucht erforderlich oder genügt die vorzeitig bewirkte Ausstoßung der Frucht aus dem Mutterleibe, die Herbeiführung einer lebenden und lebensfähigen Frühgeburt?

Da das Gesetz von abtreiben oder im Mutterleibe töten spricht, die zweite Alternative fraglos und unbestritten eine im Mutterleibe erfolgte Vernichtung der Leibesfrucht verlangt, so beruht die ganze Streitfrage auf der Begriffsbestimmung des Wortes „Abtreibung“ und seiner Abgrenzung gegen den Begriff der „Tötung im Mutterleibe“.

[31]) Dieser Anregung hat der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch insofern Rechnung getragen, als er die Mindeststrafen bei der Abtreibung (§ 217) und bei der Kindestötung (§ 216) auf 3 bzw. 6 Monate festgesetzt, also gegenüber dem geltenden Rechte (6 Monate bzw. 2 Jahre) einander erheblich genähert hat.

In dieser Beziehung stehen einander zwei Meinungen gegenüber, von denen die eine — herrschende — die „Abtreibung" ebenfalls als eine Tötungshandlung, und zwar im Gegensatze zur „Tötung im Mutterleibe" als Tötung durch vorzeitig bewirkte Ausstoßung der Leibesfrucht auffaßt. Nach dieser Ansicht ist also der Tatbestand der vollendeten „Abtreibung" (im engeren Sinne) gegeben, wenn ein zwar noch lebendes Kind geboren wird, dies jedoch infolge der auf seine Vernichtung gerichtet gewesenen Abtreibungshandlung nicht mehr lebensfähig, außerhalb des Mutterleibes zugrunde geht[1]).

Im Gegensatze zu dieser die „Abtreibung" als „Tötung durch Abtreibung" oder „Abtreibung mit tötlichem Ausgange" fassenden Ansicht wird von einzelnen Schriftstellern angenommen, daß die Tötung der Leibesfrucht nicht Tatbestandsmerkmal des vollendeten Abtreibungsverbrechens i. e. S. sei, vielmehr die vorzeitig bewirkte Ausstoßung der lebenden und am Leben bleibenden Frucht den Tatbestand der ersten Gesetzesalternative erfülle.

Für beide Ansichten ist unter Zugrundelegung einer verschiedenen Begriffsbestimmung der „Abtreibung" die Richtung des verbrecherischen Vorsatzes das entscheidende Moment:

Nach der herrschenden Meinung muß der Vorsatz des Täters stets die Vernichtung der Leibesfrucht zum Inhalt haben. Stellte sich daher der Täter als Ergebnis seiner Einwirkung nur die Herbeiführung einer Frühgeburt vor, die er am Leben zu erhalten gedachte, so greifen, auch wenn seine Manipulationen einen für die Leibesfrucht tötlichen Ausgang nehmen, die Strafbestimmungen der §§ 218ff. nicht Platz[2]).

War andererseits der Vorsatz auf Vernichtung der Leibesfrucht gerichtet, so ist der Täter, wenn eine Früh-

[1]) Daß es sich in diesem Falle bereits um den Tod eines Menschen, nicht mehr um den Tod einer Leibesfrucht handelt, mithin der vom Gesetz aufgestellte Tatbestand der Tötung einer Leibesfrucht durch Abtreibung, streng genommen, undenkbar ist, ist ohne Belang, da die maßgebende tödliche Einwirkung noch im Mutterleibe stattgefunden, mithin einer Leibesfrucht gegolten hatte (vgl. auch Radbruch S. 165, Frank S. 346).

[2]) Auch fahrlässige Tötung eines Menschen liegt nicht vor, da die todbringende Handlung sich ja noch gegen eine Leibesfrucht gerichtet hatte.

geburt erfolgt und das Kind am Leben erhalten wird, nur nach den Versuchsgrundsätzen zu bestrafen.

Der gegnerischen Ansicht genügt für die Anwendbarkeit der §§ 218ff. die Richtung des Vorsatzes auf Erzielung der Frühgeburt eines am Leben zu erhaltenden Kindes, so daß bei Eintritt dieses Erfolges — ebenso wie bei Vernichtung der Leibesfrucht — wegen vollendeter, anderenfalls wegen versuchter Abtreibung zu strafen ist. Eine derartige Handlung ist aus mancherlei Antrieben denkbar, z. B. wenn eine nach dem Tode ihres Mannes geschwängerte Frau eine Frühgeburt herbeiführt, um das Kind noch als ein eheliches erscheinen zu lassen[3]), wenn eine Schwangere „ihr Glück nicht erwarten kann“[4]), oder wenn ihr Zustand sie in einer ihr wichtigen Tätigkeit hindert u. a.

Die die §§ 218ff. auf derartige Handlungen für anwendbar erklärende Auffassung ist für das Reichsstrafrecht zuerst von Hugo Meyer[5]), insbesondere aber eingehend von v. Wächter[6]) vertreten worden.

Wenn daher v. Wächter allgemein als Begründer dieser Kontroverse für das Strafgesetzbuch angesehen wird, so wird hierbei m. E. verkannt, daß v. Wächter die Streitfrage in seiner Erörterung ganz vorwiegend unter einen Gesichtspunkt gebracht hat, der zweifellos nicht als der für die Frage wesentliche und uns interessierende zu gelten hat. Wenn nämlich

---

[3]) v. Liszt S. 330. — Irrtümlich wird übrigens von manchen (Horch S. 45, van Calker S. 35 und Schneickert S. 125) angenommen, daß eine derartige Handlung ein Personenstandsdelikt gemäß § 169 StGB. darstellen würde. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird von Oppenhoff S. 516 und E. v. Liszt S. 154 Anm. 201 bezweifelt, von Olshausen S. 828, Jungmann S. 32, 33 und Scherbius S. 22 mit Recht verneint. Schneickert a. a. O. macht übrigens einen weiteren Fehler, indem er, obwohl Anhänger der herrschenden Ansicht, in diesem Falle Vergehen gegen § 169 in Tateinheit mit Abtreibungsversuch (?!) annimmt. Auch unter den Tatbestand des Betruges ist eine solche Handlung selbst natürlich nicht zu bringen, wohl aber können sich im weiteren Verlaufe der Dinge betrügerische Manipulationen daran knüpfen.

[4]) Binding, Lehrbuch S. 39.

[5]) Lehrbuch 1875 § 91.

[6]) „Über den Tatbestand des Verbrechens der Kindesabtreibung.“ Gerichtssaal Bd. 29 S. 1ff.

v. Wächter in seiner Abhandlung zu dem Ergebnisse kommt, daß die Tötung der Leibesfrucht nicht Tatbestandsmerkmal der vollendeten Abtreibung sei, so steht im Vordergrunde seiner Erörterung die sich hieraus für ihn ergebende Folgerung, daß das Leben der Leibesfrucht nicht Voraussetzung des vollendeten Abtreibungsverbrechens sei, eine vollendete Abtreibung vielmehr auch an bereits abgestorbenen Leibesfrüchten stattfinden könne. Diese fraglos unhaltbare Auffassung[7]) steht merkwürdigerweise mit dem eigentlichen legislativen Schwerpunkte dieser Ansicht, die den Grund der maßgebenden Strafandrohungen in jeglicher Gefährdung des zukünftigen menschlichen Lebens sieht, geradezu in unlösbarem Widerspruch. Der Ton in v. Wächters Ausführungen liegt durchaus nicht auf der — allerdings von ihm als Konsequenz seiner Auffassung ebenfalls bejahten — Kriminalität der Herbeiführung einer lebenden und am Leben bleibenden Frühgeburt, sondern eben auf der von ihm behaupteten — ziemlich belanglosen — Strafbarkeit der Vernichtung einer bereits toten Leibesfrucht.

Trotz dieses eigentümlichen Gesichtswinkels, unter dem v. Wächter die Frage im wesentlichen sieht und der eine legislative Würdigung gerade des maßgebenden Moments vermissen lassen muß, ist der den Begriff der „Abtreibung" i. e. S. erforschende Ausgangspunkt seiner dogmatischen Erörterung der auch für unsere Frage entscheidende, so daß v. Wächter — leider ohne den allein erheblichen Gesichtspunkt besonders zu akzentuieren — im Verlaufe seiner Ausführungen notwendig auch zu diesem uns berührenden Probleme Stellung nimmt. Er kommt nämlich zu dem Endergebnisse, das Abtreibungsverbrechen sei vollendet:

a) wenn das Kind tot geboren worden und erwiesen sei, daß es zur Zeit der abtreibenden Tat gelebt habe und durch die Tat getötet worden sei;

b) auch wenn das Kind tot geboren, aber nicht nachzuweisen sei, daß es zur Zeit der Abtreibung gelebt habe und durch die Abtreibung getötet worden sei;

---

[7]) die übrigens auch die unten Anm. 8 bezeichneten übrigen Gegner der herrschenden Ansicht nicht teilen.

c) wenn das abgetriebene Kind lebendig zur Welt gekommen, aber infolge der Abtreibung gestorben sei;

d) wenn es lebendig geboren sei und am Leben erhalten werde.

Im Vordergrunde dieser Erörterungen steht also der zu b bezeichnete Gesichtspunkt, daß die vollendete Abtreibung auch an einer toten bzw. nicht nachweislich lebenden Leibesfrucht begangen werden könne, ein Gesichtspunkt, der eine durchaus nicht notwendige, ebenso unrichtige wie allseitig verworfene Schlußfolgerung der von v. Wächter gewonnenen Begriffsbestimmung der „Abtreibung" bedeutet. Da es jedoch eben diese Begriffsbestimmung ist, aus der v. Wächter schließlich auch den zu d aufgestellten, uns allein wesentlichen Satz herleitet, so können die den Begriff der Abtreibung betreffenden dogmatischen Erörterungen v. Wächters immerhin als die für die Gegner der herrschenden Ansicht grundlegenden bezeichnet werden[8]).

Ihren Hauptstützpunkt finden die Verfechter dieser Meinung in dem Wortlaute des Gesetzes, das von Abtreibung oder Tötung im Mutterleibe spreche, wobei kein Anhalt dafür gegeben sei, daß „Abtreibung" soviel wie Tötung durch Abtreibung oder Abtreibung mit tötlichem Ausgange bedeute. Dies ergebe sich auch weder aus der Entstehungsgeschichte des Reichsstrafgesetzbuchs (insbesondere habe in den partikulären deutschen Gesetzgebungen eine große Verschiedenheit in diesem Punkte geherrscht), noch beweise die Stellung dieser Strafbestimmungen unter dem Titel „Verbrechen und Vergehen wider das Leben", daß die Abtreibung reines Tötungsdelikt sei, da in dem gleichen Zusammenhange auch die „Aussetzung" behandelt werde, die sich fraglos nur als eine Gefährdungshandlung charakterisiere.

Dieser Auffassung trat vor allem Hälschner[9]) entgegen, der

---

[8]) Als Vertreter dieser Meinung sind neben v. Wächter zu nennen: Merkel, Lehrbuch S. 309, Meyer-Allfeld S. 388, Wachenfeld, Strafrecht S. 297, Ortloff, Strafbare Handlungen S. 167 und Gerichtssaal Bd. 34 S. 445 Anm. 2, v. Liszt S. 330, Thomsen S. 336 und E. v. Liszt S. 152ff.

[9]) „Zur Auslegung der §§ 218 und 219 des Deutschen Strafgesetzbuchs" (Gerichtssaal Bd. 32 S. 583ff.).

zunächst in längeren geschichtlichen Darlegungen nachwies, daß die Abtreibung ganz überwiegend, so auch schon von der Carolina, als reines Tötungsverbrechen aufgefaßt worden sei, daß die deutsche Partikulargesetzgebung des 19. Jahrhunderts — mit einer einzigen Ausnahme — die gleiche Stellung zu dieser Frage eingenommen habe[10]) und daß insbesondere die Materialien zu dem für die entsprechenden Bestimmungen des Reichsstrafrechts vorbildlichen § 181 des preußischen Strafgesetzbuchs ergeben, daß man unter „Abtreibung" (i. e. S.) die Tötung der Leibesfrucht durch vorzeitig bewirkte Ausstoßung verstanden habe[11]).

Abgesehen von diesen aus der Entstehungsgeschichte unserer Strafbestimmungen fließenden Erwägungen werden von Hälschner und den übrigen Vertretern der herrschenden Ansicht[12]) im wesentlichen noch folgende Gesichtspunkte geltend gemacht:

a) Die Abtreibung werde unter dem Titel „Verbrechen und Vergehen wider das Leben" behandelt.

---

[10]) Die häufig vorkommende Wendung „Geburt eines unzeitigen Kindes" sei fast ausschließlich dahin gedeutet worden, daß hierunter ein zwar lebend geborenes, aber vermöge seiner Unzeitigkeit gestorbenes Kind, jedoch nicht eine am Leben erhaltene Frühgeburt zu verstehen sei. Einzig das Strafgesetzbuch von Hannover habe im Art. 236 den Abtreibungstatbestand der Auffassung v. Wächters entsprechend festgestellt (vgl. auch oben § 4 Anm. 50 und 51).

[11]) Dies wird von Goltdammer, Materialien Bd. II S. 387 näher ausgeführt.

[12]) Als solche sind zu nennen: Birkmeyer, Enzyklopädie S. 1163, Berner S. 473, Binding, Normen S. 513—517 und Lehrbuch S. 39, Geyer, Grundriß S. 10, Olshausen S. 827, 828, Frank S. 346, Horch S. 45, 57ff., Hrehorowicz S. 87, Jungmann S. 18ff., van Calker S. 34, 35, v. Schwarze, Anm. 1 zu § 218, Rüdorff-Stenglein, Anm. 1 und 4 zu § 218, Oppenhoff-Delius S. 516, Fricke S. 39ff., Sontag, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 19 S. 31, v. Holtzendorff, Handbuch Bd. 3 S. 458, Schütze S. 391, Scherbius S. 21, Schneickert S. 124, 125, Radbruch S. 160ff., 175 und RG. Bd. 4 S. 380ff., auch Bd. 20, S. 367. Auf die jeder erkennbaren Begründung entbehrende „vermittelnde" Ansicht von Rubo (Anm. 2 zu § 218) einzugehen erübrigt sich. Nach Rubo muß zwar der Vorsatz des Täters auf Vernichtung der Leibesfrucht gerichtet gewesen sein, doch soll für den Vollendungstatbestand die Frühgeburt eines am Leben bleibenden Kindes genügen (?!).

b) Nach unserem Sprachgebrauche bedeute „Abtreibung" stets eine Vernichtung der Leibesfrucht, nicht etwa die Bewirkung einer lebenden und am Leben bleibenden Frühgeburt. In der Gegenüberstellung von „abtreibt oder im Mutterleibe tötet" liege der Ton nicht auf den Worten abtreibt und tötet, sondern auf abtreibt und im Mutterleibe tötet; es sei daher sinngemäß etwa zu lesen: „durch Herbeiführung einer Frühgeburt tötet (= abtreibt) oder im Mutterleibe tötet."

c) Die Verbindung einer Tötungshandlung mit der vorsätzlichen Herbeiführung einer lebenden Frühgeburt unter einem gemeinsamen Strafrahmen sei undenkbar und unmöglich Absicht des Gesetzgebers gewesen; insbesondere wären für letztere Handlung, wenn sie überhaupt strafwürdig sei, die Strafmaße viel zu hoch.

d) Das von den Anhängern der v. Wächterschen Lehre in den §§ 218ff. erblickte Verbot wäre ein reines Polizeiverbot der Bewirkung einer künstlichen Niederkunft, das mit dem Schutze des embryonalen Lebens gar nichts zu tun hätte[13]).

e) Eine derartige Bestimmung würde eine Ächtung der gesamten Geburtshilfe bedeuten[14]).

Nicht alle diese Argumente der herrschenden Meinung, als deren Anhänger ich mich bekenne, halten jedoch einer kritischen Würdigung stand:

Als hinfällig muß insbesondere die zu e gekennzeichnete Erwägung Radbruchs gelten. Denn daß die im Rahmen pflichtgemäßen ärztlichen oder geburtshilflichen Eingriffs herbeigeführte Frühgeburt eines Kindes mangels Rechtswidrigkeit solcher Handlungsweise ebensowenig unter das Strafgesetz fällt, wie die vom Arzt sogar als notwendig erkannte und vorgenommene Vernichtung der Leibesfrucht[15]), ist selbstverständlich. Eine Ächtung der Geburtshilfe würde daher mit der Kriminalität der — rechtswidrigen — Herbeiführung einer lebenden Frühgeburt keineswegs verbunden sein.

Dies scheint auch Binding zu übersehen, wenn er die von den Gegnern der herrschenden Meinung behauptete

[13]) So insbes. Binding, Normen S. 515.

[14]) Radbruch S. 175.

[15]) Vgl. hierüber unten § 15.

Strafbarkeit einer derartigen Handlung als „Polizeiverbot der Bewirkung einer künstlichen Niederkunft" charakterisiert, das mit dem Schutze des Lebens der Früchte nichts zu tun hätte. Die nicht im Rahmen pflichtgemäßer Handlung bewirkte Frühgeburt bedeutet stets eine mehr oder weniger erhebliche Gefährdung des fötalen Lebens; ihre Bestrafung wäre daher mit dem den Schutz dieses Lebens bezweckenden Gedanken der §§ 218ff. wohl vereinbar.

Aus eben diesem Grunde ist auch die Stellung der Abtreibungsverbrechen im Systeme der „Verbrechen und Vergehen wider das Leben" kein ganz schlüssiger Nachweis für die Richtigkeit der herrschenden Ansicht. Die die Abtreibung i. e. S. als ein das Leben der Leibesfrucht, die Gesundheit des zukünftigen Menschen gefährdendes Delikt charakterisierende Meinung weist bis zu einem gewissen Grade mit Recht darauf hin, daß unter diesem Titel auch die kein Tötungs-, sondern ein reines Gefährdungsdelikt darstellende „Aussetzung" behandelt werde. Hierauf ist zu erwidern, daß mit dem legislativen Gesichtspunkte der Gefährdung des fötalen Lebens und der zukünftigen menschlichen Gesundheit zunächst einmal jedenfalls die von v. Wächter allein aufgestellte Behauptung, die Abtreibung einer toten Leibesfrucht sei als vollendetes Abtreibungsdelikt zu strafen, unbedingt fallen muß. Aber auch abgesehen hiervon ist darauf hinzuweisen, daß das Wesen der Lebensgefährdung bei der Aussetzung von der der vorsätzlichen Herbeiführung einer Frühgeburt anhaftenden Gefährdung doch insofern grundsätzlich verschieden ist, als im letzteren Falle der Vorsatz begrifflich auf Lebenserhaltung und Nichtverletzung des Kindes gerichtet ist, während bei der Aussetzung ein unmittelbar auf Lebenserhaltung des Ausgesetzten zielender Vorsatz kaum denkbar ist, ja sogar häufig konkurrierend ein auf Vernichtung oder Verletzung des betreffenden zielender Eventualdolus vorhanden sein wird.

Die die Abtreibung überwiegend als Tötungsdelikt fassende deutsche Partikulargesetzgebung sowie die im preußischen Strafgesetzbuch begründete besondere Entstehungsgeschichte unserer Strafbestimmungen bilden, ohne daß ihnen etwa ausschlaggebende Bedeutung beizumessen wäre, eine wertvolle Stütze der herrschenden Ansicht.

Gegen das Argument, das die legislative Undenkbarkeit der Zusammenfassung zweier so verschieden zu bewertender Handlungen unter ein und denselben Strafrahmen behauptet, das innerlich bedeutungsvollste der herrschenden Ansicht, hat sich in ausführlicher Polemik neuerdings E. v. Liszt[16]) gewandt. In längeren Darlegungen kommt er zu dem Ergebnis, daß sich für diese beiden Handlungen nicht nur der gleiche Strafrahmen rechtfertige, daß vielmehr die nicht notwendige, rechtswidrige Herbeiführung einer Frühgeburt eine sogar weit strafwürdigere Tat sei als die Vernichtung der Leibesfrucht. Diesen Satz begründet E. v. Liszt mit der Erwägung, daß die mit der — nie ungefährlichen — Herbeiführung einer Frühgeburt verbundene Gesundheitsgefährdung des zukünftigen Menschen die Interessen der menschlichen Gesellschaft und des einzelnen tiefer zu verletzen geeignet sei als die Vernichtung des fötalen Lebens. Er führt in dieser Hinsicht aus[17]): „Viel folgenschwerer als die Abtötung eines noch im amphibienartigen Zustande befindlichen — weder in unserem Sinne lebenden noch als Mensch anzusprechenden — Gebildes, viel wichtiger selbst als die Tötung eines vollkommen entwickelten Foetus im 9. Monat ist die Gefährdung der Gesundheit des künftigen Menschen. Wird die Frucht schmerzlos beseitigt, wessen Recht wird verletzt? Wird sie aber in ihrer Gesundheit geschädigt, kommt der entwickelte Mensch mit einem geistigen oder körperlichen Defekt zur Welt, muß er ein Leben voll Siechtum und Elend ertragen, wer wollte behaupten, daß hier kein Verletzter, kein verletztes Recht gegeben sei, daß der, der dieses verschuldet hat, ein geringeres Verbrechen auf sich geladen hat, als der, der das Erwachen des Embryo zum Leben verhinderte?“

Der in diesen Worten zum Ausdruck kommende Gedanke ist meines Dafürhaltens trotz einer gewissen Überspannung beachtlich, und ich folge E. v. Liszt insofern, als ich es eventuell für angebracht halten würde — auch bei einer etwaigen Abschaffung der Kriminalität der Leibesfruchttötung — die Strafbarkeit der vorsätzlichen und rechtswidrigen Bewirkung

---

[16]) S. 152ff.
[17]) a. a. O. S. 155.

einer Frühgeburt unter dem Gesichtspunkte der Gesundheitsgefährdung des zukünftigen Menschen gesetzlich zu normieren[18])[19]).

De lege lata beweisen jedoch m. E. diese Ausführungen E. v. Liszts nichts: Es liegt ja verlockend nahe, auch bei einer de lege lata zu entscheidenden Frage, die die Strafwürdigkeit zweier Handlungen in ihrem Verhältnisse zueinander zum Gegenstand hat, in Gedankengänge zu verfallen, die ihre Daseinsberechtigung im wesentlichen nur de lege ferenda haben. Die Frage muß jedoch — und das beachtet E. v. Liszt nicht —, da sie zur Auslegung einer Bestimmung des geltenden Rechts dienen soll, folgendermaßen gestellt werden: Wie verhalten sich diese beiden Handlungen in ihrer Strafwürdigkeit nach der Auffassung unseres Gesetzes zueinander? Entspricht es dem Geist und dem Sinn unseres Strafgesetzbuchs, die Tötung der Leibesfrucht und die durch vorsätzliche Herbeiführung einer lebenden Frühgeburt verursachte Gesundheitsgefährdung des künftigen Menschen mit den gleichen Strafen zu bedrohen, in den gleichen Strafrahmen zu stellen? Ist es daher anzunehmen, daß diese

---

[18]) Nicht jede — rechtswidrige — künstliche Verfrühung der Geburt gefährdet die Gesundheit des künftigen Menschen in dem von E. v. Liszt behaupteten Maße. Im übrigen werden die sich nicht im Rahmen der Geburtshilfe bewegenden Fälle der Herbeiführung einer Frühgeburt nicht allzu häufig sein. Meines Erachtens wäre daher eine derartige Strafnorm bei der sicherlich geringen Anzahl rechtswidriger Frühgeburten ohne praktische Erheblichkeit, mithin überhaupt entbehrlich. Allenfalls wäre eine geringe Strafandrohung am Platze, eine Strafschärfung nur bei einem für das Kind wirklich gesundheitsschädlichen Ausgange der Tat, falls der Täter diesen Erfolg voraussehen konnte (vgl. die modifizierte Erfolghaftung im § 62 des Vorentwurfs).

[19]) Unter dem gleichen Gesichtspunkte wären dann auch z. B. die vorsätzliche und fahrlässige Verletzung der Leibesfrucht mit Strafe zu belegen. Wie aber, wenn bei Richtung des Vorsatzes lediglich auf Verletzung der Leibesfrucht die Einwirkung einen tötlichen Ausgang nimmt? In diesem Falle würde das strafbare Moment, die Gefährdung des zukünftigen Lebens, in subjektiver Hinsicht gegeben, dagegen objektiv durch den Tod des Embryo ausgeschaltet sein. Es würde sich also bei Abwägung der subjektiven und objektiven Gefährlichkeit der Handlung die eigentümliche Konsequenz ergeben, daß einer Verletzung der Leibesfrucht mit tötlichem Ausgange die grundsätzlich geringere Strafwürdigkeit beizumessen wäre.

Gleichstellung in den §§ 218ff. zum Ausdruck gebracht werden sollte und zum Ausdruck gebracht worden ist?

Diese Frage muß bei der — vielleicht anfechtbaren (das ist de lege lata gleichgültig) — Auffassung unseres Strafgesetzbuchs von dem kriminellen Charakter der Tötung der Leibesfrucht als eines Kapitalverbrechens unbedingt verneint werden — angesichts der geschichtlichen Entwicklung, deren Signatur die Vorherrschaft spezifisch kirchlicher Einflüsse gerade auf die Gestaltung des Abtreibungsdeliktes ist, bedarf dieser Satz keiner weiteren Rechtfertigung —, und aus diesem Grunde ist m. E. die Erwägung, die die Gleichheit des Strafrahmens bei zwei keineswegs für gleich strafwürdig zu erachtenden (besser: erachteten) Handlungen bemängelt, trotz der — de lege ferenda — bis zu einem gewissen Grade bemerkenswerten Gegenausführungen E. v. Liszts, das innerlich kraftvollste Argument der herrschenden Meinung[20]).

Demgegenüber kann den sich auf den Wortlaut der Gesetzesbestimmungen berufenden beiderseitigen Beweisführungsversuchen nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen. Ich stimme mit den Vertretern der herrschenden Ansicht in der Auffassung überein, daß die Sprache des Volkes unter „abtreiben" eine gegen die Leibesfrucht gerichtete Tötungshandlung versteht, kann aber mit der Behauptung, daß im § 218 zu lesen sei „durch Abtreibung oder im Mutterleibe tötet", daß also das charakteristische Moment für die zweite Alternative sprachlich in den Worten „im Mutterleibe" zu finden sei, die Tatsache nicht recht in Einklang bringen, daß gerade diese Worte in den folgenden Bestimmungen fehlen und stets nur von abtreiben oder töten die Rede ist. Jedoch ist diese — immerhin etwas bedenkliche — redaktionelle Ungenauigkeit unserer Strafvorschriften längst nicht erheblich genug, um die wesentlichen Argumente der herrschenden Meinung, insbesondere ihr soeben gegen die Polemik E. v. Liszts

---

[20]) Selbst wenn sich — was, wie oben ausgeführt, nicht der Fall — der gleiche Strafrahmen de lege lata rechtfertigen ließe, würde doch eine derartige Zusammenstellung zweier (zwar gleich strafwürdiger, aber) gänzlich wesensverschiedener Handlungen einen so auffallenden technischen Mangel des Gesetzes bedeuten, daß man schon aus diesem Grunde zu einer Verneinung der gegnerischen Ansicht kommen könnte.

verteidigtes stärkstes und gehaltvollstes Argument zu entkräften.

Allerdings muß es als im höchsten Maße bedauerlich bezeichnet werden, daß der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, wenn er einmal den Tatbestand der Abtreibung unverändert übernahm, auch die unklare Wortfassung des Gesetzes beibehalten hat. Wenn die Entwurfsbegründung in dieser Hinsicht ausführt, die früher (?) bisweilen vertretene Auffassung, daß die erste Alternative, die Abtreibung im engeren Sinne, die Tötung der Leibesfrucht nicht erfordere, dürfe als überwunden gelten, so kann dem darauffolgenden Satze: „Es erschien daher eine andere Fassung der eingebürgerten Vorschrift nicht erforderlich" gewiß in keiner Weise zugestimmt werden. Gerade um die Meinungsverschiedenheiten, denen bei Beibehaltung dieser „eingebürgerten" (?!) unklaren Fassung von neuem Tür und Tor geöffnet sind, de lege lata abzuschneiden, wäre die eine völlige Rechtssicherheit schaffende Änderung des Gesetzestextes (etwa in der schon des öfteren vorgeschlagenen Fassung: „durch Abtreibung oder im Mutterleibe tötet") notwendig gewesen. —

Was die Mittel der Abtreibung betrifft, so sieht das Strafgesetzbuch verständigerweise von jeglicher Aufzählung ab. Bei der ungeheuren Fülle von Abortivmitteln ist eine erschöpfende Namhaftmachung im Rahmen der Gesetzesbestimmung selbstverständlich undenkbar, eine Aufzählung von Kategorien unsachgemäß, da in diesem Falle bei fortschreitender „Technik" der Abortive möglicherweise ein in keine der Gesetzeskategorien passendes Mittel gefunden werden könnte, eine exemplifizierende Aufzählung („. . . . . oder durch andere Mittel") überflüssig, da eine solche (z. B. im § 48 StGB.) in der Regel dazu dienen soll, eine größere Plastik und Verständlichkeit der konkreten Gesetzesbestimmung zu erzielen, ein bei der Verbreitung und Volkstümlichkeit unserer Straftat entbehrliches Moment.

Hiernach fällt jedes mit Abtreibungsvorsatz benutzte Mittel unter die Strafbestimmungen der §§ 218ff. Eine Benennung und Schilderung der Abortivmittel kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, eine solche ist lediglich für das Gebiet der forensischen Medizin von Bedeutung und würde

jedes rechtlichen Interesses entbehren[21]). Es genüge daher der Hinweis auf die althergebrachte bekannte Einteilung in äußerliche (mechanische) und innerliche (dynamische) Mittel, eine Einteilung, die in den §§ 218 Abs. 3 und 219 durch die Worte „anwenden" und „beibringen" ihren adäquaten gesetzgeberischen Ausdruck gefunden hat. Zu ersteren gehören insbesondere der Eihautstich, die Einführung von allerhand Flüssigkeiten in die weiblichen Organe und die Massage der Gebärmutter, zu den letzteren sämtliche zu Abortivzwecken dienenden Tränke, Pillen usw. Auch die vorsätzliche Abtreibung durch psychische Einwirkung fällt unter das Strafgesetz[22]). Eine solche ist bei Abtreibung seitens eines Dritten (z. B. durch Erregung eines heftigen Schrecks) jedenfalls denkbar. Auch der Kriminalität der durch psychische Einwirkung auf sich selbst (Autosuggestion) vorsätzlich bewirkten Vernichtung der Leibesfrucht würde, falls sie physiologisch möglich sein sollte, m. E. nichts im Wege stehen.

Über die Tauglichkeit oder Untauglichkeit des angewandten Mittels vgl. unten § 13.

4. Die Formen der Verschuldung.

§ 8.

Das Gesetz straft die Vernichtung des keimenden Lebens nur, wenn der Tat die schwerere der beiden kriminellen Schuldformen zugrunde lag, d. h. nur bei vorsätzlicher Begehung.

Wie die den Inhalt der verbrecherischen Handlung, den Begriff der Abtreibung, erörternden Ausführungen gezeigt haben, muß der Vorsatz des Täters (der Schwangeren und

[21]) Vgl. die umfangreichen Darstellungen bei v. Fabrice S. 54ff. und Lewin S. 178ff.

[22]) A. M. v. Holtzendorff, Handbuch Bd. III S. 458. Wenn v. Holtzendorff meint, daß das französische Recht allerdings durch den Passus „ou par tout autre moyen" die analoge Ausdehnung auf psychische Mittel zulasse, so ist zu erwidern, daß die deutschen Strafbestimmungen mit ihrem Schweigen über die Abortivmittel die gleiche Auslegung, nämlich die Strafbarkeit „de tout moyen" fordern und auch bezwecken.

des Dritten) notwendig auf Vernichtung der Leibesfrucht, sei es durch Tötung im Mutterleibe oder durch vorzeitig bewirkte Ausstoßung (Abtreibung i. e. S.), gerichtet gewesen sein. Der Täter muß daher begrifflich eine Schwangerschaft für vorliegend und das angewandte Mittel zur Beseitigung dieser Schwangerschaft für geeignet gehalten haben. Nicht erforderlich ist das sichere Bewußtsein von dem Gegebensein dieser beiden Momente. Es genügt die Vorstellung, daß eine Schwangerschaft möglicherweise vorliege und das angewandte Mittel möglicherweise die Vernichtung der Leibesfrucht zur Folge haben werde, wenn die Überzeugung von dem sicheren Eintritte dieses Erfolges den Täter von der Tat nicht abgehalten hätte. Auf Feststellung dieses Eventualvorsatzes ist der Strafrichter gerade bei den Abtreibungsdelikten vermöge ihrer Eigenart vielfach angewiesen. Die in den ersten Stadien unvermeidliche Unsicherheit, ob eine Schwangerschaft gegeben sei oder nicht, sowie die in den unteren Volksklassen herrschende Unkenntnis von der Wirksamkeit des einen oder anderen Mittels bedingen das überaus häufige Vorliegen des Eventualvorsatzes [1]).

Der auf Vernichtung der Leibesfrucht gerichtete Dolus ist vorhanden, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges, den Tod der Leibesfrucht (oder die von ihm gebilligte Möglichkeit dieses Erfolges) vorausgesehen hat.

---

[1]) Zahlreiche in der Gerichtspraxis vorkommende Abtreibungsfälle spielen sich etwa in der Weise ab, daß eine Frau beim ersten Ausbleiben der Menstruation diese Tatsache einer sage femme berichtet, worauf diese eine Untersuchung vornimmt, ohne gewöhnlich das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Schwangerschaft mit Sicherheit feststellen zu können. Meist wird von „Schwangerschaft" oder gar „Abtreibung" vorsichtshalber nicht gesprochen, das Ausbleiben der Periode vielmehr auf „Erkältung" und ähnliches zurückgeführt. Zur Beseitigung dieser „Erkältung" werden alsdann zu Abtreibungszwecken geeignete Eingriffe vorgenommen, wobei in der Regel zwischen den beiden Personen ein stillschweigendes Einverständnis herrscht, das den auf Abtreibung gerichteten beiderseitigen Eventualvorsatz zum Inhalt hat. Dies braucht, insbesondere bei der möglicherweise Schwangeren, natürlich nicht notwendig der Fall zu sein. Die sichere Feststellung des Eventualvorsatzes wird bisweilen mit Schwierigkeiten verknüpft sein; Alter und einschlägige Erfahrung der betreffenden Person werden hier vielfach als Kriterien dienen müssen.

Daß dieser Erfolg beabsichtigt, gewünscht, Zweck der Handlungsweise war, ist nicht erforderlich. Aus diesem Grunde ist bei Selbstmordversuch einer Schwangeren oder Tötung der Schwangeren durch einen Dritten eine Bestrafung bzw. eine gleichzeitige Bestrafung aus §§ 218ff. (wegen versuchter oder vollendeter Abtreibung und Beihilfe hierzu bzw. wegen vollendeten oder versuchten Mordes, Totschlags usw., Anstiftung und Beihilfe hierzu in Tateinheit mit vollendeter oder versuchter Abtreibung, Anstiftung und Beihilfe hierzu) sehr wohl denkbar. Sie wird stets dann gerechtfertigt sein, wenn die Schwangere oder der Dritte bei Ausführung der Tat (des Selbstmordes bzw. des Mordes, Totschlags usw.) das Bewußtsein hatte, daß hierdurch zugleich der strafbare Erfolg der Leibesfruchtvernichtung verwirklicht werde. Auch hier ist ein sicheres Bewußtsein von dem Eintritt dieses Erfolges, insbesondere die bestimmte Kenntnis von dem Zustande der Schwangerschaft, nicht erforderlich; der Eventualvorsatz genügt.

Die Tatsache, daß der Tod des Embryo eine unabwendbare physiologische Konsequenz des Todes der Schwangeren bedeutet, daß also — die Kenntnis oder das für möglich Halten der Schwangerschaft vorausgesetzt — die Schwangere beim Selbstmord, der Dritte beim Mord der Schwangeren, auf Grund physiologischer Gesetze gleichsam gezwungen ist, die gleichzeitige Vernichtung der Leibesfrucht in den Tatvorsatz mit aufzunehmen, steht der Strafbarkeit m. E. in keiner Weise entgegen[2]). Die Leibesfrucht ist eben — mit Rücksicht auf

---

[2]) Dies scheint der Grund zu sein, aus dem v. Liszt S. 330 mit den Worten: „da die Frucht kein von dem mütterlichen Leben trennbares Dasein hat", die Möglichkeit einer Bestrafung aus §§ 218ff. in diesem Falle verneint. Bei den übrigen Vertretern dieser Ansicht (Holtzendorff, Handbuch III S. 459, Oppenhoff, Anm. 5 zu § 218, Jungmann S. 325, Scherbius S. 30 und Grabowsky S. 100) liegt der Verneinung der Strafbarkeit offenbar eine Verkennung des Vorsatzbegriffes, eine Verwechselung von Vorsatz und Absicht zugrunde.

Wenn v. Sterneck S. 67 meint, die von uns vertretene Auffassung würde zur Folge haben, daß auch der Staat sich im Falle der Hinrichtung einer Schwangeren des Abtreibungsdelikts schuldig mache, so beruht diese Argumentation jedenfalls auf Nichtbeachtung des § 485 Abs. 2 StPO. (vgl. unten Anm. 4).

ihr zukünftiges extrauterinales Leben — ein selbständiger Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes. Der Selbstmordversuch einer Schwangeren — als solcher straflos — verwirklicht (das oben gekennzeichnete Bewußtsein des Abtreibungserfolges vorausgesetzt) zugleich den — strafbaren — Tatbestand der versuchten oder vollendeten Tötung der Leibesfrucht, der Mord oder Mordversuch an einer Schwangeren (das gleiche Bewußtsein vorausgesetzt) erfüllt idealkonkurrierend den gleichen Tatbestand. Im ersten Falle wird neben einer strafrechtlich indifferenten Tat ein durch die staatliche Strafgewalt geschütztes Rechtsgut verletzt, im zweiten Falle werden durch ein und dieselbe Handlung zwei vom Staate strafrechtlich geschützte Werte, das Leben der Schwangeren und das Leben der Leibesfrucht, vernichtet. Eine in diesen Fällen unter den gekennzeichneten Voraussetzungen eintretende Bestrafung oder gleichzeitige Bestrafung aus §§ 218ff. ist m. E. im Rahmen der die Abtreibung überhaupt für strafwürdig erachtenden Auffassung auch rechtspolitisch durchaus begründet:

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist, da bei Tateinheit nur das schwerere Strafgesetz zur Anwendung gelangt [3]), die Frage lediglich für den Selbstmordversuch der Schwangeren. Eine in diesem Falle unter den bezeichneten Voraussetzungen eintretende Bestrafung aus § 218 erscheint mir im Sinne unseres Strafgesetzbuchs keineswegs unbefriedigend. Mit Recht sieht das geltende Recht von der Strafbarkeit des Selbstmordversuchs ab, da eine Beschränkung in der Entscheidungsbefugnis des lebenden Menschen über Erhaltung oder Vernichtung seiner Existenz eine die Individualität zerstörende Überspannung der sozialen Bindung bedeuten würde. Nicht dagegen räumt das geltende Strafrecht der Schwangeren

Auch das Reichsgericht würde (aus anderen Gründen) offenbar zu einer Verneinung der Bestrafungsmöglichkeit aus §§ 218ff. kommen (hierüber unten § 9, insbes. Anm. 5).

Die Möglichkeit der Bestrafung aus §§ 218ff. wird bejaht von Meyer-Allfeld S. 388, Rüdorff-Stenglein, Anm. 6 zu § 218, Binding, Lehrbuch S. 39, Olshausen S. 830, Frank S. 346, Horch S. 41 und Weinberg S. 315.

[3]) Bisweilen, z. B. bei Idealkonkurrenz mit § 216, würden allerdings die Strafmaße aus §§ 218ff. zur Anwendung gelangen.

diese Entscheidungsbefugnis über Leben und Tod der Leibesfrucht, des künftigen Menschen, ein. Hierin würde der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, die Vernichtung eines zwar gegenwärtig von dem Dasein der Schwangeren physiologisch untrennbaren Lebens, jedoch künftig von dem mütterlichen Leben unabhängigen eigenen sozialen Wertes zu erblicken sein. Der Staat gibt daher dem Menschen das Recht zur Selbstvernichtung nur, wenn und solange diese Vernichtung nicht zugleich die Vernichtung einer — zukünftig — fremden selbständigen Existenz nach sich zieht[4]).

Fahrlässige Begehung ist im Rahmen dieser Strafbestimmungen ausgeschlossen. Über die Tatsache, daß durch fahrlässig verursachte Vernichtung der Leibesfrucht andere Straftatbestände erfüllt werden können, vgl. unten § 16.

5. Die einzelnen strafbaren Tatbestände im Stadium der Vollendung.

a) Allgemeines.

§ 9.

Wegen vollendeter Abtreibung wird verhältnismäßig selten gestraft. Diese Tatsache hat ihren Grund in der bereits in anderem Zusammenhange gelegentlich erwähnten Schwierigkeit, den Kausalzusammenhang zwischen Anwendung des Abortivmittels und Vernichtung der Leibesfrucht zweifelsfrei festzustellen. Der restlose Kausalitätsnachweis würde, streng genommen, Feststellungen dahin erfordern, daß

1. das vernichtete Gebilde eine Leibesfrucht (keine Mole) gewesen ist,
2. die Vernichtung dieser Leibesfrucht durch die Anwendung des Abortivmittels erfolgt ist, also
   a) die Leibesfrucht zur Zeit der Anwendung dieses Mittels noch lebte,

[4]) Ein Analogon zu diesem Gedanken ist die Bestimmung des § 485 Abs. 2 StPO., wonach auch der Staat, wenn er das Recht zur Vernichtung eines Menschenlebens gesetzlich erlangt hat, dies Recht nicht ausüben darf, solange dadurch zugleich eine künftig zu erwartende zweite menschliche Existenz vernichtet werden würde.

b) die Leibesfrucht durch die Abtreibungshandlung vernichtet worden, nicht etwa infolge anderer Ursachen nach Anwendung des Mittels abgestorben ist.

Der strikte Nachweis dieser Momente bietet in den meisten Fällen so außerordentliche Schwierigkeiten, daß, wie wir bereits anläßlich der geschichtlichen Darstellung sahen[1]), die Gesetzgebung des späteren Mittelalters, um eine Bestrafung wegen vollendeter Abtreibung nicht annähernd illusorisch zu machen, diesen Nachweis vielfach durch Einführung der sehr bedenklichen Kausalitätspräsumtion oder gar einer gänzlich unhaltbaren praesumtio iuris et de iure ersetzte. Die modernen Strafgesetzgebungen haben diese den Grundsätzen der Strafrechtspflege widerstreitenden Präsumtionen fallen lassen. Auch aus dem Inhalt der Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs ergibt sich das Erfordernis der für den Vollendungstatbestand notwendigen Feststellung dieses Kausalzusammenhanges. Um jedoch nicht völlig auf eine Verurteilung wegen Abtreibungsversuchs angewiesen zu sein, bedeutet es m. E. bei der durch die Eigenart unseres Delikts bedingten schweren Erkennbarkeit von Ursache und Wirkung eine praktische Notwendigkeit, hinsichtlich der exakten richterlichen Feststellung, des restlosen Nachweises der Kausalität, eine gewisse Lockerung eintreten zu lassen. Diesen Gedanken, dessen Berechtigung er mit der „Unzulänglichkeit menschlichen Erkennens" begründet, drückt E. v. Liszt[2]) treffend dahin aus: „Ein strikter, ‚todsicherer' Beweis wird also hier selten oder eigentlich nur bei direkten mechanischen Einwirkungen auf die Frucht möglich sein. Es wird aber genügen, zur Beurteilung des einzelnen Falles den Satz ‚post hoc, ergo propter hoc' anzuwenden, wenn 1. das angewendete Mittel im allgemeinen zur Abtreibung der Frucht geeignet war, 2. der Abgang der Frucht innerhalb der der Wirkungsweise des Mittels entsprechenden Zeit und unter den ihr entsprechenden Umständen erfolgt ist und 3. keinerlei Umstand nachgewiesen wird, der sonst als die Ursache des erfolgten Abganges der Frucht angesehen werden könnte."

[1]) Vgl. oben § 4 Anm. 11, 47 und 48.
[2]) S. 207, 208.

Daß Staatsanwaltschaft und Gerichte sich der Unzulänglichkeit einer derartigen Feststellung (im strengsten Sinne) bewußt sind, beweist die bereits früher erwähnte Tatsache, daß überwiegend lediglich wegen versuchter Abtreibung angeklagt und verurteilt wird.

Eine weitere für die einzelnen Vollendungstatbestände allgemein bedeutungsvolle Frage ist die, ob der Tatbestand des vollendeten Abtreibungsverbrechens voraussetzt, daß die Schwangere den durch Bewirkung des vorzeitigen Abganges oder durch Tötung im Mutterleibe herbeigeführten Tod ihrer Leibesfrucht überlebt hat? Diese Frage ist — m. E. unrichtigerweise — vom Reichsgericht bejaht worden. In der Entscheidung vom 22. Mai 1908[3]), — der der Tatbestand der Anstiftung zur Abtreibung mit der Wirkung, daß infolge des angewandten Mittels Schwangere und Leibesfrucht gleichzeitig vernichtet werden, zugrunde liegt —, führt der höchste Gerichtshof aus, das Wesen des Abtreibungsverbrechens bestehe darin, daß entweder durch die Bewirkung des vorzeitigen Abgangs der Frucht aus dem Leibe der lebenden Mutter der Tod des Kindes herbeigeführt oder die Frucht im lebenden Mutterleibe getötet werde, in beiden Fällen aber unter Erhaltung des Lebens der Schwangeren. Dieses Merkmal sei dem Falle eigen, von dem das Strafgesetzbuch im § 218 Abs. 1 als dem typischen Normalfalle den Ausgang nehme. Es sei ohne weiteres klar, daß das Gesetz die — theoretisch — nur Teilnahmehandlungen darstellenden Fälle der §§ 218 Abs. 3 und 219 nicht anders betrachte, ebensowenig den Fall des § 220, aus dessen Absatz 2 insbesondere nichts gefolgert werden könne, da dieser nur einen zu dem Tatbestande zufällig hinzutretenden Straferhöhungsgrund enthalte[4]).

Diese reichgerichtliche Deduktion krankt, wie Olshausen[5]) zutreffend betont, an dem unrichtigen Ausgangspunkte, daß

---

[3]) Bd. 41 S. 328ff.

[4]) Auf Grund dieser Auffassung würde das RG. auch zu einer Verneinung der Bestrafungsmöglichkeit aus §§ 218ff. in den im § 8 dieser Darstellung erörterten Fällen gelangen.

[5]) S. 828. Bei der verhältnismäßigen Jugend dieser Entscheidung habe ich sonstige Kritik in der Literatur nicht gefunden.

der Vollendungstatbestand des § 218 Abs. 1 das Weiterleben der Schwangeren voraussetze. Die todbringende Einwirkung auf die Leibesfrucht geschah zu Lebzeiten der Schwangeren (anderenfalls würde die Einwirkung eine bereits tote Leibesfrucht getroffen haben); dies allein ist der maßgebende Zeitpunkt. Daß der Tod der Leibesfrucht dann zugleich mit dem Tode der Schwangeren eintrat, ist für die Verwirklichung des Vollendungstatbestandes aus § 218 Abs. 1 ohne Belang; für die reichsgerichtliche Auffassung, daß die Erhaltung des mütterlichen Lebens Voraussetzung sei, fehlt jeder gesetzliche Anhalt, fehlt auch jeder erkennbare Grund. Die faktische Möglichkeit der Bestrafung der Schwangeren entfällt allerdings mit ihrem Tode. Eine Verwechselung dieser faktischen Bestrafungsmöglichkeit mit der gesetzlichen Erfüllung des strafbaren Tatbestandes liegt offenbar der reichsgerichtlichen Entscheidung zugrunde, die — wie der praktische Fall zeigt — für die strafrechtliche Würdigung von Teilnahmehandlungen Dritter an der Tat der verstorbenen Schwangeren von Bedeutung ist und in ihrer Unrichtigkeit zu dem Ergebnisse führt, daß eine Bestrafung des Anstifters aus §§ 218ff. nur wegen Anstiftung zum nicht vollendeten Delikt eintreten kann. Ebenso kann die Frage für die selbständigen Abtreibungsdelikte dritter Personen von Erheblichkeit sein.

b) Die einfache Abtreibung.

§ 10.

Die im § 218 geregelte nicht besonders qualifizierte Abtreibung kennt zwei Arten der Täterschaft, die der Schwangeren und des Dritten. Im Absatz 3 wird der Dritte mit der gleichen Strafe wie die Schwangere bedroht, wenn er bei dieser mit ihrer Einwilligung die Mittel zur Vernichtung der Leibesfrucht (durch Tötung im Mutterleibe oder vorzeitig bewirkten Abgang) angewendet oder ihr beigebracht hat.

Die Art der Beteiligung der Schwangeren und des Dritten an den Straftaten des § 218 Abs. 1 und 3, die Fragen ob und wann sich das jeweilige Tun dieser Personen als Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe zu diesen beiden Straf-

taten charakterisiert, sind zweifelhaft und bestritten. M. E. sind diese Fragen in folgendem Sinne zu lösen:

Im Rahmen des § 218 Abs. 1 ist eine Täterschaft allein seitens der Schwangeren möglich. Daß der Tatvorsatz begrifflich auf Vernichtung der Leibesfrucht gerichtet sein muß, ist oben (§ 7) dargelegt worden. Die Frage, in welchen Formen sich das auf Vernichtung der Leibesfrucht zielende Tun verwirklichen kann, beantwortet sich nach den diesbezüglichen allgemeinen kriminellen Grundsätzen. Das auf Herbeiführung des strafbaren Erfolges gerichtete Handeln der Schwangeren kann daher sowohl in der Entfaltung einer positiven Tätigkeit (der Regelfall) wie in einem Dulden und Unterlassen bestehen[1]). Auch finden die Grundsätze über die „mittelbare Täterschaft" (intellektuelle Urheberschaft) Anwendung[2]).

---

[1]) RG. Bd. 29 S. 11.

Der Abtreibung durch Unterlassen kommt allerdings in der Praxis eine erhebliche Bedeutung nicht zu. Die Frage, ob zur Lebenserhaltung des Embryo ein Tun, etwa eine bestimmte Ernährungsweise, erforderlich sei, ist zu verneinen. Das embryonale Leben ist von dem mütterlichen Blutkreislauf abhängig. Das Unterlassen von Nahrungsaufnahme mit Abtreibungsvorsatz würde die Vernichtung der Leibesfrucht erst zugleich mit dem Tode der Schwangeren zur Folge haben. Der strafbare Abtreibungstatbestand wäre hier erfüllt, doch entfiele die tatsächliche Möglichkeit der Strafverfolgung. Im Versuchsstadium könnte eine solche Abtreibung durch Unterlassen allerdings praktisch werden.

Eine andere Art von Begehung durch Unterlassen wäre auch im Vollendungsstadium von praktischer Tragweite, nämlich nach vorausgegangenem Tun eines anderen, z. B. wenn der Schwangeren ohne ihr Wissen oder ihren Willen Abortivmittel beigebracht worden sind und sie die ihr als möglich bekannte unschwierige Abwendung des Vernichtungserfolges mit Abtreibungsvorsatz unterläßt. Hier wäre meines Erachtens aus allgemeinen Grundsätzen eine Rechtspflicht zum Handeln herzuleiten. Es liegt nahe, in der Bestrafung einer derartigen Begehung durch Unterlassen zunächst eine gewisse Härte zu erblicken. Offenbar in diesem Gefühl kommt v. Holtzendorff (Handbuch III S. 458) — zu Unrecht — zu einer grundsätzlichen Verneinung der Möglichkeit der Abtreibung durch Unterlassen.

[2]) Bei der Abtreibung seitens der Schwangeren würde allerdings die mittelbare Täterschaft stets zugleich eine unmittelbare Täterschaft bedingen. Läßt die Schwangere von einem Kinde oder einem Geisteskranken Abtreibungshandlungen an sich vornehmen, so würde das Dulden der Abtreibungshandlungen zugleich eine unmittelbare Täterschaft der Schwangeren aus § 218 Abs. 1 bedeuten.

Eine Beteiligung dritter Personen an der Straftat des § 218 Abs. 1 ist nur insoweit möglich, als die Handlungsweise des Dritten nicht den Tatbestand des § 218 Abs. 3 erfüllt. Eine Mittäterschaft des Dritten aus § 218 Abs. 1 ist ausgeschlossen, da Täter des § 218 Abs. 1 begrifflich nur die Schwangere sein kann. Dagegen kann der Dritte für die Straftat des § 218 Abs. 1 sowohl als Anstifter wie als Gehilfe in Betracht kommen. Eine Bestrafung wegen Beihilfe zu dem Delikt des § 218 Abs. 1 ist jedoch, wie bereits allgemein hervorgehoben, nur denkbar, wenn durch die Art der Mitwirkung des Dritten nicht der Spezialtatbestand des § 218 Abs. 3 verwirklicht wird, also z. B. durch — unentgeltliches — Verschaffen von Abortivmitteln[3]) oder durch Rat (Empfehlung geeigneter Mittel, einer gewerbsmäßigen Abtreiberin u.a.) oder endlich in Form einer vor der Tat zugesagten Begünstigung (§ 257 Abs. 3 StGB.; z. B. durch die Zusage, die durch die Abtreibung ausgestoßene Leibesfrucht unauffällig zu entfernen). Auch in einem Unterlassen oder Dulden des Dritten kann unter Umständen eine Beihilfe zu dem strafbaren Tun der Schwangeren gefunden werden, wenn eine aus

[3]) Im Gegensatze zu „Anwendung“ und „Beibringung“. — Mit Recht hat der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch auch das unentgeltliche „Verschaffen“ von Abortivmitteln als akzessorische Beihilfehandlung zu der Tat der Schwangeren fallen lassen und es unter grundsätzlicher Gleichstellung mit „Anwendung“ und „Beibringung“ in den Sondertatbestand der unqualifizierten Beteiligungshandlungen des Dritten mit aufgenommen. Hierzu wird in der Begründung ausgeführt: „Die wichtigsten Beihilfehandlungen sind, wie bisher, im Interesse wirksamer, von der Strafbarkeit der Schwangeren unabhängiger Strafverfolgung und behufs nachdrücklicher Bestrafung als selbständige Verbrechen des Dritten behandelt. Es sind dies die Vornahme der Abtreibung oder Tötung an der einwilligenden Schwangeren, nach der Ausdrucksweise des geltenden Gesetzes die Anwendung oder Beibringung der Abtreibungs- oder Tötungsmittel. Zu ihnen tritt nach dem Entwurf noch die erfolgte Verschaffung der Abtreibungs- oder Tötungsmittel. Letztere Beihilfehandlungen sind, auch wenn der Täter sie ohne Entgelt vorgenommen hat, der Anwendung oder Beibringung der Mittel, namentlich wenn es sich um innere Mittel handelt, nahezu gleichwertig (z. B. Darreichung und Einflößung des Medikaments). Es empfiehlt sich daher, sie auch im Gesetz, insbesondere auch in bezug auf die Strafe, gleich zu behandeln, zumal gerade sie häufig gewohnheitsmäßig aus Gefälligkeit betrieben werden.“

allgemeinen Grundsätzen der sozialen Ordnung herzuleitende Pflicht zum Handeln bestand und das Nichthandeln die Förderung der Tat der Schwangeren bezweckte (z. B. wenn ein Ehemann ruhig zusieht, wie seine Ehefrau Abtreibungshandlungen vornimmt). Der Dritte kann sich auch einer Beihilfe zur Anstiftung eines anderen Dritten schuldig machen[4]), z. B. wenn A. den die Schwangere zur Abtreibung anstiftenden Brief nach Diktat des Analphabeten B. schreibt, mit dem Vorsatze, hierdurch der Anstiftungshandlung des B. förderlich zu sein. Kommt dagegen ein- und derselbe Dritte sowohl als Anstifter wie als Gehilfe bei der Abtreibungshandlung der Schwangeren in Betracht, so wird die schwächere Teilnahmeform von der stärkeren konsumiert, eine Bestrafung findet daher nur wegen Anstiftung bzw. wegen Anstiftung in Tateinheit mit Beihilfe statt[5]).

Die Beteiligung des Dritten wird nun unter besonderen Voraussetzungen, nämlich wenn sie den Tatbestand des § 218 Abs. 3 erfüllt, als delictum sui generis gestraft. Die Subsumtion dieser intensivsten Beteiligung des Dritten unter ein besonderes Strafgesetz bietet den Vorteil mangelnder Akzessorietät zu dem Tun der Schwangeren, so daß ein etwaiges Vorliegen von Schuld- oder Strafausschließungsgründen für das Tun der Schwangeren auf die Kriminalität des Dritten keinesfalls von Einfluß ist, Fragen, die bekanntlich für die Teilnahme an Handlungen schuld- oder strafloser Personen sehr bestritten sind. Eine Mittäterschaft der Schwangeren und des Dritten im technischen Sinne ist daher infolge der Aufstellung dieses besonderen Strafgesetzes für den Dritten, das

---

[4]) RG. Bd. 14 S. 318; diese Frage ist jedoch sehr bestritten (vgl. insbes. Olshausen Bd. I S. 199 und die dort angeführte Literatur). Eine Würdigung der ebenfalls bestrittenen Fragen über die Möglichkeit von Anstiftung zur Anstiftung, Anstiftung zur Beihilfe und Beihilfe zur Beihilfe würde hier zu weit führen; sie gehört in die Lehre von der „Teilnahme".

[5]) Über die Frage, ob hier Gesetzes- oder Idealkonkurrenz vorliegt, vgl. insbes. Meyer-Allfeld S. 193, Binding, Lehrbuch S. 361, Kohler, Studien I S. 117, Frank S. 165, Finger I S. 378, v. Liszt S. 241, Olshausen S. 349, RG. Bd. 4 S. 715, Bd. 8 S. 303, Bd. 9 S. 631, Bd. 33 S. 401. — Die Möglichkeit einer Realkonkurrenz wird einmütig verneint.

inhaltlich allerdings die stärkste Beteiligungsmöglichkeit des Dritten (gleich der Mittäterschaft) erschöpft, undenkbar. Eine solche wäre bei Fortlassung des Abs. 3 und anderer Fassung des Abs. 1 („Wer eine Leibesfrucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet, ...") möglich gewesen. Bei der getrennten Behandlung der Straftaten der Schwangeren und des Dritten in zwei Gesetzesbestimmungen — was den bereits erwähnten legislativen Grund und den weiteren Vorteil einer gesetzlich festgelegten begrifflichen Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe des Dritten hat — liegen — streng genommen — zwei sich zur Herbeiführung eines strafbaren Erfolges summierende Alleintäterschaften vor, während Mittäterschaft im technischen Sinne eine Strafnorm voraussetzt[6]). Die Tatsache, daß die im Abs. 3 geschilderte Art der Beteiligung des Dritten einen mittäterschaftlichen Charakter hat, daß dieses Tun des Dritten einer Mittäterschaft innerlich koordiniert wird, ist ja durch die Gleichheit des Strafrahmens genügend zum Ausdruck gebracht worden.

Die Worte „mit Einwilligung der Schwangeren"[7]) begründen notwendig eine Beziehung der Tat des Dritten zu einem (an sich) strafbaren Verhalten der Schwangeren. Das denkbar geringste, was nun die einwilligende Schwangere zu einer Unterstützung der unter § 218 Abs. 3 fallenden strafbaren Tätigkeit des Dritten tun kann, besteht in einem passiven Dulden der Einwirkung des Dritten. Da jedoch bereits dieses Dulden der Abtreibungshandlungen des Dritten eine Straftat der Schwangeren gemäß § 218 Abs. 1 darstellt (vgl. oben Anm. 1),

---

[6]) Anklagetenor:

1. bei Mittäterschaft (unter Annahme der im Text fingierten Fassung des § 218 Abs. 1): Die A. und der B. werden angeklagt, zu .... am .... gemeinschaftlich (als Mittäter) die Frucht im Mutterleibe der A. vorsätzlich getötet zu haben;
2. unter Zugrundelegung des Strafgesetzbuchs (zwei Alleintäterschaften): Die A. und der B. werden angeklagt, zu .... am ....
   a) die A., als Schwangere, ihre Frucht vorsätzlich im Mutterleibe getötet zu haben,
   b) der B., mit Einwilligung der A. die Mittel zu der Tötung bei ihr angewendet zu haben.

[7]) Über die begriffliche Abgrenzung von Abtreibung „mit Einwilligung der Schwangeren" gegen die im § 220 mit Strafe bedrohte Abtreibung „ohne deren Wissen oder Willen" vgl. unten § 12.

so ist m. E. jedwede Teilnahme der Schwangeren an der Straftat des § 218 Abs. 3 begrifflich ausgeschlossen. Schon die geringste Form einer etwaigen Teilnahme (Beihilfe) der Schwangeren an der Straftat des Dritten aus § 218 Abs. 3 (das Dulden der Einwirkung) wird von der hierdurch für gegeben zu erachtenden Täterschaft aus § 218 Abs. 1 konsumiert[8]). Diese Auffassung, die mit der hier vertretenen Anschauung, daß schon ein bloßes Dulden der Schwangeren den Straftatbestand des § 218 Abs. 1 erfülle, steht und fällt, ist meines Dafürhaltens durchaus befriedigend: Es widerstrebt unserem Rechtsempfinden, die einwilligende Schwangere, deren eigenste Sphäre die Straftat trifft, der — immer de lege lata — ein besonderes Verantwortlichkeitsgefühl für das Leben der Leibesfrucht innewohnen muß, als Gehilfen der Tat des Dritten zu betrachten. Die Wohltat der der Beihilfe anhaftenden Strafminderung würde der Schwangeren — grundsätzlich — unverdient zuteil werden, da ihre Passivität, ihr bloßes Dulden meist lediglich eine Folge ihres mangelnden technischen Könnens auf diesem Gebiete ist, sie also ihren Tatvorsatz vielfach gar nicht anders als durch Dulden der Einwirkung des Dritten verwirklichen kann. Warum soll die Abtreibungshandlungen eines Dritten duldende Schwangere anders bestraft werden als die Schwangere, die, auf Grund zufälliger Kenntnis der erforderlichen Manipulationen, diese Handlungen selbst vornimmt? Hier muß unbedingt der Grundsatz Platz greifen: Selbst das tatloseste Geschehenlassen der Schwangeren, — das schließlich auch stets ein aktives Tun, z. B. Einnehmen der erforderlichen Lage, verlangt, — ist Verwirklichung des Tatvorsatzes und somit Begehung aus § 218 Abs. 1, die Schwangere selbst — ihre kriminelle Verantwortlichkeit vorausgesetzt — stets Selbsttäterin, niemals

[8]) Daß die Täterschaft die Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) im Wege der Gesetzeskonkurrenz konsumiert, ist wohl unbestritten. Diese Konsumtion ist allerdings hier nicht gegeben, da strafbares Tun aus zwei verschiedenen Delikten, Täterschaft aus § 218 Abs. 1 und Anstiftung oder Beihilfe aus § 218 Abs. 3 vorliegt. Bei der inneren Einheit dieser beiden (nur aus Gründen gesetzlicher Klarheit getrennten) Bestimmungen ist jedoch ohne Frage ebenfalls Gesetzeskonkurrenz in dem Sinne anzunehmen, daß eine Täterschaft aus § 218 Abs. 1 eine Teilnahme aus § 218 Abs. 3 konsumiert.

Gehilfe des Dritten; die Handlung des Dritten, obwohl sie häufig die weit intensivere oder gar alleinige — unmittelbar der Abtreibung dienende — Tätigkeitsentfaltung enthält, ist die sekundäre und nur in ihrer stärksten Form[9]) zu einer den gleichen Strafmaßen wie die Tat der Schwangeren unterliegenden „Täterschaft" erhoben.

Der im einzelnen Falle leicht möglichen höheren Strafwürdigkeit des gemäß § 218 Abs. 3 tätig werdenden Dritten ist durch sinngemäße Ausnutzung des weiten Strafrahmens vollauf gerecht zu werden.

Diese die Möglichkeit einer Teilnahme der Schwangeren an der Straftat des § 218 Abs. 3 leugnende Auffassung ist in kurzer, aber durchaus schlüssiger Begründung von der Reichsanwaltschaft[10]), auch von Jungmann[11]), vertreten worden. Die Unmöglichkeit einer Teilnahme der Schwangeren an dem Verbrechen des Dritten wird des weiteren von Meyer-Allfeld[12]), Rüdorff-Stenglein[13]), v. Schwarze[14]), Binding[15]) und Horch[16]) angenommen. Ungenau wird jedoch meist von „Mittäterschaft" der Schwangeren und des Dritten gesprochen, während, wie bereits dargelegt, zwei Täterschaften aus zwei Strafvorschriften, also, streng genommen, zwei Alleintäterschaften vorliegen, die sich zu innerer Mittäterschaft vereinigen[17]). Die herrschende Meinung bejaht demgegenüber — aus den angeführten Gründen zu Unrecht — die Möglichkeit einer Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) der Schwangeren an

---

[9]) Natürlich abgesehen von den qualifizierten Taten der §§ 219 und 220.

[10]) RG. Bd. 28 S. 165.

[11]) S. 24, 25.

[12]) S. 387.

[13]) Anm. 2 zu § 218.

[14]) Anm. 15 zu § 218.

[15]) S. 39.

[16]) S. 51.

[17]) Aus diesem Grunde ist m. E. auch die Polemik Bindings a. a. O. gegen RG. Bd. 29 S. 419 verfehlt, wo für einen Fall, in dem nach Auffassung des Reichsgerichts eine Bestrafung des Dritten aus § 218 Abs. 3 nicht erfolgen kann, durchaus zutreffend ausgesprochen wird, daß eine Mittäterschaft des Dritten aus § 218 Abs. 1 begrifflich undenkbar sei. – Mißverständlich ist auch die Zitierung dieses Urteils bei Meyer-Allfeld a. a. O.

der den Tatbestand des § 218 Abs. 3 erfüllenden Straftat des Dritten[18]). Ja, vereinzelt wird sogar in einem bloßen Dulden der Schwangeren nicht einmal eine Beihilfehandlung zu der Tat des Dritten erblickt, vielmehr in diesem Falle die Möglichkeit gänzlich mangelnder Kriminalität der Schwangeren angenommen[19]), eine m. E. unhaltbare Auffassung.

c) Die entgeltliche Abtreibung.

§ 11.

Während die von der Schwangeren selbst bewirkte Abtreibung stets unter die Strafnorm des § 218 Abs. 1 und damit in die Strafrahmen des § 218 Abs. 1 und 2 fällt, werden die seitens des Dritten vorgenommenen Abtreibungshandlungen beim Vorliegen gewisser qualifizierender Momente den besonderen Strafgesetzen der §§ 219 und 220 unterworfen.

Im § 219 wird mit strengerer Strafe (Zuchthaus bis zu 10 Jahren; keine mildernden Umstände) derjenige Dritte bedroht, der einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

Der die Strafbarkeit des Dritten erhöhende Umstand ist die Entgeltlichkeit seiner Handlungsweise. Von dieser Strafschärfung sollen insbesondere diejenigen Personen getroffen werden, die aus der Vornahme von Abtreibungshandlungen an schwangeren Personen ein Gewerbe machen. Jedoch unterscheidet sich die für die entgeltliche Handlung des Dritten normierte Strafschärfung von dem im Strafgesetz anderweit vorkommenden qualifizierenden Momente der „Gewerbsmäßigkeit“ dadurch, daß letzteres sich durch die Absicht des Täters kennzeichnet, sich durch wiederholte Begehung dieses Verbrechens eine Einnahmequelle zu ver-

[18]) v. Liszt S. 331; Olshausen S. 831; Berner S. 475; Frank S. 347; Oppenhoff-Delius, Anm. 12 zu § 218; Hälschner, Strafrecht Bd. 2 S. 71 und „Gerichtssaal“ Bd. 32 S. 600ff.; Thomsen S. 337 und endlich RG. Bd. 28 S. 166 (im Gegensatze hierzu wird in RG. Bd. 29 S. 10 — vgl. Anm. 1 — die Möglichkeit einer Begehung durch Dulden — allerdings etwas zaghaft — zugegeben).

[19]) v. Liszt a. a. O. und Thomsen a. a. O.; vgl. auch den bei Radbruch S. 182 enthaltenen Hinweis auf diese Kontroverse.

schaffen[1]), während der Tatbestand des § 219 bereits erfüllt ist, auch wenn es sich nur um einmalige Erlangung eines Vermögensvorteiles handelte oder handeln sollte. Das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit ist mithin leichter erfüllt als das der Gewerbsmäßigkeit, hat auch den praktischen Vorteil, ein konkreteres, unschwieriger feststellbares Kriterium zu sein. Meist wird bei entgeltlicher Abtreibung zugleich Gewerbsmäßigkeit der Handlungsweise vorliegen. Wo dies nicht der Fall, bietet der Strafrahmen hinreichende Differenzierungsmöglichkeit[2]).

Unter „Entgelt" versteht die herrschende Meinung im Anschluß an die Motive mit Recht die „Gewährung irgend eines Vermögensvorteils"[3]). Eine seitens der Schwangeren an den Dritten bewirkte oder zu bewirkende Zahlung baren Geldes ist daher selbstverständlich nicht erforderlich, unter Umständen aber auch zur Erfüllung des qualifizierten Tatbestandes des § 219 nicht ausreichend. Zahlt nämlich die Schwangere dem Dritten den Kaufpreis für das Abortivmittel, das dieser ihr verschafft, beigebracht oder bei ihr angewendet hat, so charakterisiert sich dieser Kaufpreis als „Entgelt" im Sinne des § 219 nur dann, wenn der Dritte durch Vereinnahmung des Kaufpreises auch tatsächlich einen Vermögensvorteil erlangt oder erlangt hätte[4]). Dies ist nicht

[1]) v. Liszt S. 238.

[2]) Über die Frage, ob es legislativ begründet oder empfehlenswert erscheint, qualifizierende Momente (Entgeltlichkeit, Gewerbsmäßigkeit, Rückfall u. a.), denen allgemeine Bedeutung für die verschiedensten Deliktsgruppen zukommt (v. Liszt, Tötung und Lebensgefährdung S. 123), statt unter den allgemeinen Bestimmungen bei den einzelnen Delikten zu berücksichtigen, ist hier nicht zu handeln. Vgl. hierüber speziell für die Abtreibung E. v. Liszt S. 241ff.

[3]) Binding, Lehrbuch S. 40; v. Liszt S. 331; Meyer-Allfeld S. 387; Frank S. 347; v. Schwarze S. 609 u. a.

Anderer Meinung lediglich Olshausen S. 832 und Rubo S. 752, die den Begriff „Entgelt" noch weiter fassen, indem sie jeden materiellen Nutzen darunter verstehen.

[4]) Diese Frage wird von Horch und Jungmann erörtert, und zwar von ersterem (S. 52) m. E. unpräzise, von letzterem (S. 26) dagegen fraglos unrichtig dahin beantwortet, die Gewährung eines Vermögensvorteils sei im Kaufpreise nur dann enthalten, wenn dieser im einzelnen Falle höher als der sonst übliche Preis des Mittels sei. Darauf ist zu erwidern, daß Verkauf in der Regel einen Vermögens-

der Fall, wenn der Dritte das Abortivmittel zum oder gar unter dem Selbstkostenpreis an die Schwangere verkauft hat. Denn nicht die Vermögensminderung der Schwangeren, sondern die durch die verbrecherische Tätigkeit beabsichtigte Vermögensmehrung des Dritten ist das erschwerende Moment.

Daß die gewünschte und versprochene Gewährung eines Entgelts auch tatsächlich realisiert worden ist, ist m. E. nicht erforderlich. Dies wäre mit dem legislativen Gedanken der Gesetzesbestimmung, die die zugleich gewinnsüchtige und daher besonders verwerfliche Gesinnung des Dritten treffen will, unvereinbar, da die Anwendbarkeit des § 219 in diesem Falle davon abhängig wäre, daß die Schwangere ihre dem Dritten gegenüber eingegangene — natürlich klaglose — Zahlungsverpflichtung auch erfüllt hat. Manche gewerbsmäßige Abtreiberinnen (obgleich sie in der Regel wohl vorsichtshalber Vorausbezahlung von der Schwangeren fordern und erlangen) würden bei solcher Auslegung der Worte „gegen Entgelt" der verdienten Strafschärfung aus § 219 entgehen, so daß in diesem Falle das — die tatsächliche Erzielung des Vermögensvorteils keinesfalls fordernde — Kriterium der „Gewerbsmäßigkeit" rechtspolitisch entschieden vorzuziehen wäre. Der Ausdruck „gegen Entgelt" ist daher m. E. dahin zu verstehen, daß die erfolgte Verschaffung, Anwendung oder Beibringung des Mittels zweifellos gegen Entgelt, d. h. gegen Gewährung eines Vermögensvorteils, gedacht war, geschehen sollte, sei es, daß ein Entgelt ausdrücklich verabredet war oder daß ein stillschweigendes Einverständnis in dieser Richtung herrschte[5]). Wäre „Gewährung eines Vermögens-

vorteil für den Verkäufer herbeiführt und herbeizuführen bestimmt ist. Nicht nur durch Verkauf eines Abortivmittels zum üblichen Preise, sondern sogar unter dem üblichen Preise kann von dem Verkäufer ein Vermögensvorteil erzielt werden. (Beispiel: Der Dritte hat sich das Mittel für 3 M. verschafft; der übliche Verkaufspreis beträgt 5 M., er verschafft es der Schwangeren für 4 M. Auch hier ist zweifellos die Anwendbarkeit des § 219 gegeben, während nach Ansicht Jungmanns die Schwangere sogar über 5 M. zahlen müßte.) Im übrigen würde bei diesen Mitteln ein „üblicher Verkaufspreis" kaum festzustellen sein.

[5]) „Nachträgliche Annahme eines nicht wenigstens im Prinzip vereinbarten, wenn auch vielleicht erhofften Entgelts stellt die ‚Abtreibung gegen Entgelt' nicht her." (E. v. Liszt S. 249; ähnlich v. Holtzendorff, Handbuch III S. 463 Anm. 20, und Olshausen S. 832.)

vorteils" die authentische Interpretation von „Entgelt", so würde ich das Wort „Gewährung" (das ja auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch einen diese Deutung zulassenden schillernden Doppelcharakter hat) eben nicht als Zahlung, tatsächliches Geben usw., sondern als die auf beiderseitigem Einverständnis beruhende Zusicherung des Vermögensvorteils fassen[6]).

Die Strafbestimmung des § 219 charakterisiert sich als eine Qualifikation der zu selbständiger Täterschaft erhobenen, den Tatbestand des § 218 Abs. 3 erfüllenden Beteiligungshandlung des Dritten; jedoch mit der Maßgabe, daß auch das „Verschaffen" von Abortivmitteln, das — mangels Entgeltlichkeit — nicht nach § 218 Abs. 3, sondern nur als Beihilfe zu § 218 Abs. 1 zu strafen ist, unter den besonderen Straftatbestand des § 219 fällt[7]).

Der Umstand, daß das „Verschaffen" des Abortivmittels der „Anwendung" und „Beibringung" in den Strafmaßen koordiniert wird, erheischt, in der Erwägung, daß erstere doch eine mehr vorbereitende, von der Abtreibungshandlung selbst etwas losgelöstere Tätigkeit ist, unwillkürlich eine möglichst strenge Bestimmung dieses Begriffs. Immerhin bedeutet es eine unsachgemäße Einengung, wenn v. Holtzendorff[8]) für das Verschaffen begrifflich eine „Bemühung zur Erlangung allgemein nicht zugänglicher Stoffe oder ein heimliches Feilhalten" verlangt. Dieser Ansicht folgte früher auch Olshausen, der jetzt[9]) — in ungefährer Übereinstimmung mit Frank[10]) — das „Verschaffen" zutreffend dahin deutet, daß es ein Mitwissen der Schwangeren voraussetze, die ihrerseits den Wunsch, ein solches Mittel zu erlangen, bereits

[6]) Seltsamerweise habe ich eine ausdrückliche Stellungnahme zu dieser Frage, ob die Anwendbarkeit des § 219 tatsächlich erfolgte Realisierung des versprochenen Vermögensvorteils voraussetzt, nirgends gefunden.

[7]) Eine Unstimmigkeit, die der Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch — in dem oben § 10 Anm. 3 gekennzeichneten Sinne — beseitigt hat.

[8]) Handbuch III S. 461 Anm. 16 und ihm folgend Jungmann S. 28/29.

[9]) S. 832.

[10]) S. 347.

kundgegeben haben müsse, weshalb ein Zuwenden des Mittels ohne diese Voraussetzung das Merkmal nicht erfülle. — Der Begriff des Verschaffens erfordert ferner eine annähernd direkte Tätigkeitsbeziehung zwischen der Schwangeren und dem Dritten, er „erfüllt nach der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes nur das gegenüber der Schwangeren selbst, sei es unmittelbar, sei es durch fremde Vermittelung geschehene Zugänglichmachen, nicht schon die Mitteilung oder Übergabe an einen mit der Sachlage vertrauten Dritten unter Umständen, welche es von dessen eigener, selbständiger Willensentschließung abhängig erscheinen lassen, ob der ihm mitgeteilte oder übergebene Gegenstand weitergeleitet und schließlich in die Verfügungsgewalt der Schwangeren gebracht wird“ [11]).

Wie bereits betont, bedeutet der § 219 eine — durch die Strafandrohung gegen das Verschaffen von Abortivmitteln erweiterte — Qualifikation des § 218 Abs. 3. Das im § 218 Abs. 3 ausdrücklich hervorgehobene Erfordernis der Einwilligung der Schwangeren ist daher, wie sich begrifflich aus dem Inhalte der Bestimmung und zugleich durch argumentum e contrario aus § 220 ergibt, stillschweigendes Tatbestandsmerkmal des § 219 [12]). Die entgeltlichen Abtreibungshandlungen des Dritten sind in gleichem Sinne delicta sui generis wie die gemäß § 218 Abs. 3 strafbaren Beteiligungshandlungen des Dritten. Sie haben daher ebensowenig wie diese den Charakter von qualifizierten, zu Täterschaft erhobenen Beihilfehandlungen mit der Maßgabe, daß die Tat des Dritten zu der Tat der Schwangeren im Verhältnis akzessorischer Abhängigkeit stünde. Falls daher trotz ihrer „Einwilligung“ eine Schuld- oder Straflosigkeit der Schwangeren überhaupt denkbar sein sollte, so würde sie die Bestrafung des Dritten aus § 219 nicht hindern.

Dies würde jedoch die Folge der von Pfizer [13]) vertretenen Auffassung von dem Charakter des § 219 als einer Beihilfe-

[11]) RG. Bd. 38 S. 135.

[12]) Über die strafprozessuale Frage, ob bei der entgeltlichen Abtreibung die „Einwilligung der Schwangeren“ in die den Geschworenen vorzulegenden Fragen mit aufzunehmen ist, vgl. Löwe-Hellweg S. 691 Anm. 3c zu § 293 und Olshausen S. 833. Sie ist zu verneinen.

[13]) „Gerichtssaal“ Bd. 28 S. 36ff.

Es liegt wohl ein Irrtum Radbruchs (S. 181) vor, wenn dieser gelegentlich eines Hinweises auf die Ansicht Pfizers meint, daß hiernach

handlung des Dritten sein. Pfizer schlägt dementsprechend auch zur Behebung aller Zweifel folgende Fassung vor: „Wer einer Schwangeren gegen Entgelt Beihilfe zur Abtreibung oder Tötung ihrer Frucht dadurch leistet, daß er ihr die Mittel hierzu verschafft, bei ihr anwendet oder ihr beibringt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft."

Aber auch abgesehen von dieser singulären Auffassung Pfizers haben die Fassung und der gesetzgeberische Grund des § 219 insofern zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben, als das entgeltliche Verschaffen des Abortivmittels nur dann unter diese Strafbestimmung fällt, wenn das verschaffte Mittel auch tatsächlich von der Schwangeren zu Abtreibungszwecken benutzt wurde; dies ist eine legislative Notwendigkeit, da anderenfalls die Koordination mit der „Anwendung" und „Beibringung", die schon begrifflich zum Abtreibungsakte selbst gehören, innerlich unbegründet wäre. Wohl aus dieser Erwägung hat Hälschner[14]), in der Annahme einer Inkorrektheit des Gesetzestextes, das Erfordernis der Akzessorietät zu der Tat der Schwangeren zwar für das „Verschaffen", nicht aber für die „Anwendung" und „Beibringung" des Abtreibungsmittels aufgestellt. Diese (de lege ferenda auch von Radbruch[15]) befürwortete), vom Reichsgericht[16]) nicht geteilte Ansicht ist u. E. mit der diese drei Tätigkeiten einander völlig gleichstellenden Fassung des § 219 nicht vereinbar, vor allem aber auch legislativ keineswegs gerechtfertigt. Wohl verlangt die Koordination des Verschaffens des Abortivmittels mit der bereits in die Abtreibungshandlung selbst gehörenden Anwendung und Beibringung, daß sich an das Verschaffen des Mittels eine Abtreibungshandlung der Schwangeren anknüpfe. Für das von jeder daraufhin erfolgenden Abtreibungshandlung der Schwangeren losgelöste Verschaffen des Mittels würde — wenigstens nach einer die sub-

der Dritte infolge der Akzessorietät der Beihilfe im Falle seiner Alleinschuld nur nach § 218 Abs. 3 bestraft werden könne. Das gleiche Erfordernis der Akzessorietät würde naturgemäß auch für § 218 Abs. 3 Platz greifen müssen, der Dritte also als Gehilfe einer schuldlosen Handlung straffrei sein.

[14]) „Gerichtssaal" Bd. 32 S. 598ff.

[15]) S. 181.

[16]) Bd. 1 S. 353, Bd. 16 S. 185.

jektive Gefährlichkeit der Gesinnung und die konkrete objektive Gefährdung gleichmäßig gegeneinander abwägenden Anschauung — der gleiche Strafrahmen nicht begründet sein. U. E. erfordert daher die Anwendbarkeit des § 219 zwar, daß die Schwangere das ihr verschaffte Mittel mit Abtreibungsvorsatz benutzt hat[17]), nicht aber, daß dieses Tun der Schwangeren ein strafrechtlich relevantes war. Voraussetzung ist ein dem Verschaffen des Mittels kausales, an sich zu strafrechtlicher Verfolgung geeignetes, Tätigwerden der Schwangeren, nicht aber eine schuldhafte, strafbare Täterschaft. Eine kriminelle Verantwortlichkeit des Dritten gemäß § 219 würde daher auch im Falle der Schuld- oder Straflosigkeit der Schwangeren gegeben sein[18]). Der Frage kommt jedoch eine erhebliche praktische Bedeutung nicht zu, da sich bei der begrifflich erforderlichen Einwilligung der Schwangeren — ebenso wie im § 218 Abs. 3 — kaum ein Fall denken läßt, in dem ihre Schuld oder Strafbarkeit entfiele.

Hinsichtlich der Teilnahme an der Straftat des § 219 ist zwischen der Teilnahme der Schwangeren und der Teilnahme eines anderen Dritten zu unterscheiden.

Letztere richtet sich nach den allgemeinen Teilnahmegrundsätzen; erforderlich ist nur, daß die Entgeltlichkeit Merkmal der Handlung des Täters ist. Ob der dritte Teilnehmer seinerseits den Täter entgeltlich oder unentgeltlich unterstützt, ist für die Anwendbarkeit des § 219 in Verbindung mit §§ 48, 49 usw. belanglos. Wohl aber muß der Anstifter oder Gehilfe des entgeltlichen Abtreibers in seinen Teilnahmevorsatz die Vorstellung, daß der Täter gegen Entgelt handle, mitaufgenommen haben. Ist ihm das Moment der Entgeltlichkeit der Täterhandlung unbekannt, so ist eine Bestrafung wegen Teilnahme an der durch die Entgeltlichkeit der Täterhandlung qualifizierten Straftat des § 219 gemäß § 59 StGB. ausgeschlossen, sie tritt vielmehr lediglich wegen Teilnahme an der un-

[17]) Über die Frage, ob § 219 (ebenso wie auch § 218 Abs. 3) vollendete oder nur versuchte Abtreibung verlangt, vgl. unten § 14.

[18]) Immerhin hätte sich u. E. eine besondere Strafandrohung gegen denjenigen gerechtfertigt, der einer Schwangeren gegen Entgelt Abortivmittel verschafft, gleichviel, ob diese davon Gebrauch macht oder nicht.

qualifizierten nach § 218 strafbaren Tat des Dritten ein[19]). — Eine Teilnahme der Schwangeren an der entgeltlichen Abtreibung durch den Dritten ist u. E. aus den bereits oben (§ 10) dargelegten Gründen begrifflich ausgeschlossen. Sowohl das Verschaffen als auch die Anwendung und Beibringung des Abortivmittels fordern begrifflich ein sich als Täterschaft charakterisierendes Verhalten der Schwangeren. Daher konsumiert die Täterschaft der Schwangeren aus § 218 Abs. 1 jede mögliche Beteiligung der Schwangeren an der entgeltlichen Tat des Dritten. Dies folgt insbesondere auch aus der legislativen Erwägung, daß die Strafschärfung des § 219 lediglich gegen den gegen Entgelt handelnden Dritten gerichtet ist, während die Strafbarkeit der Schwangeren sich naturgemäß nicht dadurch erhöhen kann oder soll, daß sie dem Dritten Entgelt gewährt. Die Möglichkeit der Bestrafung der Schwangeren als einer Teilnehmerin an dem Delikte des § 219 wird daher überwiegend, und zwar auch teilweise von den Schriftstellern verneint, die die Möglichkeit einer Teilnahme der Schwangeren an der gemäß § 218 Abs. 3 strafbaren Handlung des Dritten bejahen (vgl. oben § 10 Anm. 18), die also — abweichend von uns — bei einer Bestrafung des Dritten aus § 219 zu einer eventuellen Bestrafung der Schwangeren wegen Beihilfe zu § 218 Abs. 3 kommen würden[20]). Nach der hier vertretenen Anschauung liegt auch bei Täterschaft des Dritten aus § 219 stets Täterschaft der Schwangeren aus § 218 Abs. 1 vor (sofern die Schwangere nicht aus besonderen Gründen überhaupt schuld- oder straflos sein sollte, was, wie bereits hervorgehoben, mit Rücksicht auf das Erfordernis der „Einwilligung" kaum denkbar ist).

[19]) In diesem Falle würde bei „Anwendung" oder „Beibringung" des Mittels eine Anstiftung oder Beihilfe zu der Straftat des § 218 Abs. 3, bei bloßem „Verschaffen" dagegen Anstiftung oder Beihilfe zur Beihilfe zu der Straftat des § 218 Abs. 1 (von der herrschenden Meinung als „mittelbare Beihilfe" gedeutet) vorliegen.

[20]) Die Möglichkeit der Teilnahme der Schwangeren an der Straftat des § 219 verneinen v. Liszt S. 332, Binding, Lehrbuch S. 40, Meyer-Allfeld S. 389 Anm. 26, v. Kries, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 7 S. 537, Frank S. 348.

Sie wird bejaht vom Reichsgericht (Bd. 1 S. 350, Bd. 19 S. 184) Olshausen S. 833, Hälschner, Lehrbuch Bd. 2 S. 71 und „Gerichtssaal" Bd. 32 S. 599.

Eine besondere Strafschärfung für die Schwangere vorzusehen, die gegen Empfang von Entgelt die Abtreibung vornimmt oder durch eine Dritten vornehmen läßt[21]), erschien dem Gesetzgeber wohl insbesondere mit Rücksicht auf die geringe praktische Bedeutung solcher Fälle nicht erforderlich.

Diesen von der Straftat des § 219 ganz unabhängigen Gesichtspunkt trägt E. v. Liszt[22]) seltsamerweise in die oben erörterte Frage der Teilnahme der Schwangeren an dem Delikt des § 219 hinein, indem er bezüglich der erhöhten Strafbarkeit der gegen Empfang von Entgelt abtreibenden Schwangeren ausführt: „Betreffs des Deutschen ReichsStGB. sind die Meinungen geteilt. v. Liszt S. 332 meint, der Grundgedanke des Gesetzgebers zwinge zu der Folgerung, daß die Schwangere selbst unter gar keinen Umständen nach § 219 bestraft werden könnte. Dem Resultate ist de lege lata wohl zuzustimmen, de lege ferenda aber würde ich meinen, daß gerade dieser Grundgedanke des Gesetzgebers auch die Anwendbarkeit des Paragraphen auf die Schwangere selbst ergeben würde, sofern sie selbst einen Vermögensvorteil aus der Abtreibung zieht. Teilnahme Dritter an der Lohnabtreibung fällt auch nach v. Liszt S. 332 selbst unter den § 219 des Strafgesetzbuches, und es ist nicht abzusehen, weshalb die Tat der an der Lohnabtreibung gegen Entgelt teilnehmenden Schwangeren (sic!) de lege ferenda nicht analog behandelt werden sollte."

Daß hier ein Versehen E. v. Liszts, eine Vermengung von zwei ganz verschiedenen Dingen, nämlich der Entgeltgewährung seitens der Schwangeren an den Dritten und derjenigen seitens des Dritten an die Schwangere, vorliegt, bedarf keiner weiteren Begründung.

d) Die Abtreibung ohne Wissen oder Willen der Schwangeren.

§ 12.

Die erheblichste Strafschärfung ist im § 220 für den Dritten vorgesehen, der die Abtreibungshandlung an der Schwangeren „ohne deren Wissen oder Willen" vornimmt.

---

[21]) Vgl. den von Cicero erzählten Fall der Milesierin (oben § 2 Anm. 13).
[22]) S. 253, 254.

Die diese Strafschärfung rechtfertigende legislative Erwägung ist in dem Umstande zu erblicken, daß eine derartige Handlung des Dritten sich als völlig eigenmächtiger Eingriff in eine besonders schutzwürdige fremde Sphäre darstellt, indem einerseits die Herbeiführung eines von der Schwangeren vielleicht durchaus nicht gewünschten Erfolges, die Vernichtung ihrer Leibesfrucht, bezweckt und damit möglicherweise ihre Hoffnung auf Mutterglück willkürlich zerstört wird, andererseits die eigene Körperintegrität der Schwangeren gefährdet wird, ohne daß die Strafwürdigkeit dieser Gefährdung durch Einwilligung der von dem Eingriff betroffenen Person gemildert oder gar behoben würde.

Der begriffliche Gegensatz zu der „ohne Wissen oder Willen" der Schwangeren bewirkten Abtreibung ist die in den §§ 218 Abs. 3, 219 geregelte, mit „Einwilligung" der Schwangeren vorgenommene Abtreibungshandlung. Unter „Einwilligung" der Schwangeren ist ein gegenwärtiges dem Dritten ausdrücklich oder stillschweigend kundgegebenes Einverständnis mit der Abtreibungshandlung zu verstehen.

Das Einverständnis muß ein gegenwärtiges sein; von einer Einwilligung der Schwangeren kann man daher nicht sprechen, wenn solche zwar zu einer früheren Zeit gegeben, jetzt aber nicht mehr erkennbar vorhanden ist[1]).

Die Gegenüberstellung der Begriffe „Einwilligung" und „ohne Wissen oder Willen" ist sprachlich nicht ganz einwandfrei:

Die Abtreibung „ohne Wissen oder Willen" der Schwangeren enthält an sich drei verschiedene unter die Strafbestimmung des § 220 fallende Möglichkeiten, nämlich

a) die Abtreibung ohne Wissen, aber mit Willen der Schwangeren,
b) die Abtreibung ohne Willen, aber mit Wissen der Schwangeren,
c) die Abtreibung ohne Wissen und ohne Willen der Schwangeren.

Daß in den zu b und c genannten Fällen — ersterer ist insbesondere der Fall der gewaltsamen Vornahme der Abtreibungshandlung an der widerstrebenden Schwangeren — die

[1]) Reichsanwaltschaft in RG. Bd. 28 S. 166.

Anwendbarkeit des § 220 gegeben ist, ist ohne weiteres ersichtlich. Aber auch die zu a bezeichnete Möglichkeit, daß „die Schwangere zwar die Abtreibung wollte, dennoch aber von der die Tötung verursachenden Handlung selbst keine Kenntnis hatte“[2]), begründet die Subsumtion der Tat unter die Strafnorm des § 220. Es ist dies u. E. der Fall, daß die Abtreibung zwar gewollt war, das Einverständnis mit der konkreten gegenwärtigen Abtreibungshandlung jedoch mangels des diesbezüglichen Wissens nicht erkennbar war. Die jeden Augenblick mögliche Willensänderung der Schwangeren erfordert eben den ersichtlichen Willen im Augenblicke der Abtreibungshandlung. Ein solcher ist aber nur bei Wissen der Schwangeren von der Abtreibungshandlung mit Sicherheit erkennbar[3]).

Dieses Moment der durch Willen und Wissen zum Ausdruck gebrachten Billigung der gegenwärtigen Abtreibungshandlung ist nach den obigen Ausführungen im Begriffe der „Einwilligung“ enthalten, so daß der erforderte begriffliche Gegensatz durch die Identifizierung von „Einwilligung“ mit dem Begriffe „Wissen und Willen“ gewonnen wird[4]).

---

[2]) Olshausen S. 835.

[3]) Fricke S. 52 irrt, wenn er bezüglich der mit Willen, aber ohne Wissen der Schwangeren bewirkten Abtreibung sagt: „Den zu zweit genannten Fall unter die Bestimmungen des § 220 einzureihen, halten wir für verfehlt. Er kann sich in der Praxis nur so ereignen, daß beispielsweise die in die Abtreibung willigende Schwangere vor der Operation bewußtlos wird oder schläft usw. Dann liegt aber unseres Erachtens die Einwilligung klar zutage und mehr wird nicht verlangt, um §§ 218 Abs. 3 oder 219 für anwendbar erklären zu können.“ — Dieser Fall ist ein Fall der mit Wissen und Willen der Schwangeren bewirkten Abtreibung. Denn wenn das Bewußtsein der Schwangeren auch infolge der Narkose während der eigentlichen Abtreibungshandlung selbst ausgeschaltet war, so wollte und wußte die Schwangere doch, daß die Abtreibungshandlung jetzt vorgenommen werden sollte. Dies muß selbstverständlich genügen. Auf eine Willensänderung verzichtete die Schwangere gleichsam, indem sie die Betäubung billigte und sich zugleich sagen mußte, daß mit erfolgter Betäubung eine Willensänderung bezüglich der Vornahme der Abtreibungshandlung ausgeschlossen sein würde.

[4]) Es ist daher sprachlich nicht ganz korrekt, wenn v. Liszt S. 332 bezüglich des § 220 sagt: „Mangel der Einwilligung begründet ebenso die Strafbarkeit des Täters, welcher mit Wissen der Schwangeren (etwa gewaltsam) handelt, wie Mangel des Wissens bei erfolgter Einwilligung.“

Ganz restlos geht diese Gleichung jedoch nicht auf, da u. E. in dem Begriff „Einwilligung" ein in dem Begriffe „Wissen und Willen" nicht enthaltenes, bereits oben angedeutetes Moment zu finden ist, nämlich das In-Beziehung-Setzen von Wissen und Willen mit dem Bewußtsein des Dritten, d. h. die — ausdrücklich oder stillschweigend erfolgte — Kundgabe von Wissen und Willen an den Dritten. „Einwilligung" bedeutet demnach dem Dritten kundgegebenes, bekanntgewordenes Wissen und Wollen der Schwangeren. Hierin liegt u. E. die sprachliche Ungenauigkeit dieses Gegensatzes. Ein Verzicht auf sprachlich genaue Interpretation des Gesetzes nach der einen oder anderen Richtung ist daher notwendig. Denn wenn z. B. der Dritte die Abtreibungshandlung mit Wissen und Willen der Schwangeren vornimmt, ohne jedoch von diesem Wissen und Willen Kenntnis zu haben, so würde — unter Zugrundelegung der dem Begriff „Einwilligung" von uns gegebenen Deutung — streng genommen, weder eine Anwendbarkeit der §§ 218 Abs. 3, 219, noch des § 220 gegeben sein. In diesem Falle ist von einer präzisen Auslegung der strengeren Strafbestimmung auszugehen und, sobald das straferhöhende Moment „ohne Wissen oder Willen der Schwangeren" nicht gegeben ist, die Anwendbarkeit der §§ 218 Abs. 3 oder 219 — unter Verzicht auf das u. E. in dem Begriff „Einwilligung" sprachlich enthaltene Moment der Kundgabe von Wissen und Willen — zu bejahen. Eine Bestrafung nach den milderen Bestimmungen der §§ 218 Abs. 3, 219 hat daher auch dann einzutreten, wenn der Dritte die Abtreibungshandlung zwar tatsächlich mit Wissen und Willen der Schwangeren vorgenommen, jedoch von diesem Wissen und Willen keine Kenntnis gehabt, ja sogar ohne Wissen und gegen den Willen der Schwangeren zu handeln geglaubt hatte[5]).

Bestritten ist dagegen die Frage der Anwendbarkeit des § 220 in dem umgekehrten Falle, wenn die Abtreibung seitens des Dritten tatsächlich ohne Wissen oder Willen der Schwan-

[5]) Dies ist offenbar die gemeine Meinung (Olshausen S. 830 u. a.), jedoch wird überhaupt nur vereinzelt zu dieser Frage Stellung genommen, und zwar ohne eine Würdigung der oben gekennzeichneten sprachlichen Bedenken.

geren vorgenommen worden war, der Dritte jedoch irrtümlich geglaubt hatte, mit Wissen und Willen der Schwangeren zu handeln[6]). U. E. ist diese Frage ebenfalls zu verneinen, jedoch nicht, wie es von den Vertretern dieser Ansicht geschieht, auf Grund einer Auslegung des § 220, dahingehend, daß der verbrecherische Vorsatz des § 220 die Vorstellung des Täters, ohne Wissen oder Willen der Schwangeren zu handeln, mitenthalten müsse. Dies ist mit der Fassung und Wortstellung des § 220 nicht vereinbar. Der Vorsatz des § 220 ist vielmehr der gewöhnliche auf Vernichtung der Leibesfrucht gerichtete Vorsatz, zu dem als objektiv strafschärfendes Moment der Umstand hinzutritt, daß die Abtreibung tatsächlich ohne Wissen oder Willen der Schwangeren erfolgte. Jedoch ist eine Zurechnung dieses die Strafbarkeit des Täters erhöhenden Umstandes mangels Kenntnis dieses Umstandes auf Grund der besonderen Bestimmung des § 59 ausgeschlossen.

„Einwilligung" der Schwangeren ist nur dann gegeben, wenn ihre freie Willensbestimmung nicht ausgeschlossen war. Erfordernis der Einwilligung ist daher die kriminelle Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren[7]). War diese nicht vorhanden, so würde an und für sich der Tatbestand des § 220 erfüllt, die Anwendbarkeit dieser Strafbestimmung jedoch bei mangelnder Kenntnis des Dritten von der Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren nach dem oben Gesagten ausgeschlossen sein.

In die Reihe der sog. durch den Erfolg qualifizierten Delikte gehört endlich die — die höchste Strafschärfung enthaltende — Bestimmung des § 220 Abs. 2. Hier wird der Dritte, der die Abtreibungshandlung ohne Wissen oder Willen

---

[6]) Die Anwendbarkeit des § 220 in diesem Falle wird bejaht von v. Liszt S. 331, Binding, Lehrbuch S. 40 und Normen II S. 517, Thomsen S. 337.

Sie wird verneint von Olshausen S. 835, Frank S. 348, Rüdorff-Stenglein S. 478, Oppenhoff-Delius S. 517, v. Buri, „Gerichtssaal" Bd. 29 Beilageheft S. 201, E. v. Liszt S. 223 und RG. Bd. 16 S. 185.

[7]) Dies die herrschende Ansicht, auch RG. Bd. 21 S. 14, 15. Anderer Meinung Hälschner, „Gerichtssaal" Bd. 32 S. 595 und Oppenhoff-Delius S. 517.

der Schwangeren vornimmt, mit 10—15jähriger oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe für den Fall bedroht, daß durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden ist. Nach richtiger (herrschender) Ansicht[8]) ist diese erhöhte Haftung eine reine Erfolghaftung in dem Sinne, daß ein Verschulden des Täters (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) bezüglich der Verursachung des erschwerenden Erfolges nicht Bedingung der erhöhten Strafbarkeit ist[9])[10]).

Ist dagegen in den Fällen der §§ 218 Abs. 3 oder 219 durch die Handlung des Dritten der Tod der Schwangeren verursacht worden, so ist — mangels gesetzlicher Normierung einer besonderen Erfolghaftung in diesen Fällen — eine prinzipielle strafrechtliche Berücksichtigung dieses Umstandes nur bei Verschuldung des Todes durch Annahme von Tateinheit mit einer — Verschulden voraussetzenden — vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötungshandlung der §§ 211ff. möglich.

6. Das versuchte Abtreibungsverbrechen.

a) Allgemeines. Der Abtreibungsversuch der Schwangeren.

§ 13.

Nach § 43 StGB. ist die — gemäß § 1 sich als Verbrechen i. e. S. charakterisierende — Abtreibung grundsätzlich bereits im Versuchsstadium strafbar. Der Abtreibungsversuch kann daher wie jedes versuchte Verbrechen als nicht beendeter und als beendeter Versuch in die Erscheinung treten oder, wie v. Liszt[1]) es zutreffend bezeichnet, als teilweise und als erfolglose Ausführung des Verbrechens. Nicht beendeter Versuch, teilweise Verbrechensausführung liegt vor, wenn

[8]) Vgl. insbes. Löffler S. 246.

[9]) Dem „ziemlich allgemein vertretenen Standpunkte der Wissenschaft, daß die sogenannte nackte Erfolghaftung beseitigt werden müsse", hat der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch im § 62 in dankenswerter Weise Rechnung getragen; vgl. Begründung S. 220ff., auch Radbruch, Erfolghaftung S. 225ff. und Wachenfeld, Tötungsdelikte S. 106.

[10]) Über die Frage, wann vollendetes und wann versuchtes Verbrechen des § 220 Abs. 2 vorliegt, vgl. unten § 14.

[1]) S. 204.

die Schwangere oder der Dritte mit Abtreibungsvorsatz Handlungen ausgeführt haben, die einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten, die verbrecherische Tätigkeit jedoch nicht abgeschlossen haben[2]). Dagegen ist beendeter Abtreibungsversuch, erfolglose Verbrechensausführung (auch „fehlgeschlagenes Verbrechen") dann gegeben, wenn die Ausführungshandlung zwar zum Abschluß gelangt ist, der Täter (die Schwangere oder der Dritte) seinerseits alles getan hat, was den gewünschten Erfolg herbeiführen sollte, dieser jedoch aus irgendwelchen Gründen ausgeblieben ist.

Der beendete Versuch ist beim Abtreibungsverbrechen von weit größerer praktischer Bedeutung als der nicht beendete. In zahlreichen Fällen wird der Täter seine auf Ausführung des Verbrechens gerichteten Handlungen zwar beendet haben, der Abtreibungserfolg jedoch, vielleicht infolge mangelnder Tauglichkeit des Mittels, nicht oder wenigstens — infolge der früher erörterten Schwierigkeit des Kausalitätsnachweises — nicht nachweislich durch die auf Abtreibung gerichtete, abgeschlossene Ausführungshandlung eingetreten sein.

Angesichts dieser bereits des öfteren erwähnten Tatsache, daß eine Verurteilung wegen — beendeten — Abtreibungsversuchs in der Praxis der Strafgerichte die Regel bildet, ist die de lege ferenda vielfach gewünschte Straflosigkeit des

[2]) Das Instrument wird z. B. in die weiblichen Organe eingeführt, jedoch, bevor die maßgebende Einwirkung auf die Leibesfrucht erfolgt, wieder herausgenommen. Dieser nicht beendete Versuch ist entweder „aufgegebener oder gehinderter Versuch, je nachdem die Tätigkeit aus freien Stücken eingestellt oder ohne Willen des Täters beendet wurde" (Wachenfeld, Strafrecht S. 268).

Der nicht beendete Versuch unterscheidet sich von der straflosen Vorbereitungshandlung dadurch, daß der erstere Anfang der Verbrechensausführung selbst ist. Versuch ist mit der ersten zu der verbrecherischen Tätigkeit selbst gehörigen Körperbewegung gegeben (Wachenfeld a. a. O. S. 267). Bereitet sich z. B. die Schwangere das Abortivmittel, so ist dies bloße Vorbereitungshandlung; nimmt sie es aber in den Mund, so liegt bereits Versuch vor.

Eine andere Frage ist es, inwieweit Handlungen, die an sich den Charakter bloßer vorbereitender Handlungen haben, unter dem Gesichtspunkte der Beihilfe oder (kraft positiver Vorschrift) als selbständige Delikte gestraft werden können (z. B. das unentgeltliche bzw. entgeltliche Verschaffen von Abortivmitteln).

versuchten Abtreibungsverbrechens (oder wenigstens des von der Schwangeren versuchten Abtreibungsverbrechens) unbegründet und unzweckmäßig. Wird an der Strafwürdigkeit der Abtreibung überhaupt festgehalten, so kann man unmöglich zu einer Verneinung der Kriminalität des Abtreibungsversuchs gelangen, ohne — aus dem erwähnten Gesichtspunkte — überhaupt die Strafvorschrift völlig eindruckslos und unwirksam zu machen[3]).

Von größter praktischer Bedeutung für das Abtreibungsverbrechen ist insbesondere das berühmte Problem des sog. untauglichen Versuchs, für dessen Behandlung in Theorie und Praxis unser Delikt geradezu Schulfälle zu liefern pflegt. Ein Eingehen auf diese auch monographisch nach allen Richtungen ventilierte Frage, deren Erörterung ein Aufrollen der Grundgedanken des Strafrechts erheischen würde, müssen wir uns hier versagen, da die Frage keine spezifische Frage der Abtreibungslehre, sondern eine alle der Versuchsstrafe unterliegenden Delikte gleichmäßig berührende allgemeine Frage des Versuchsproblems ist, ihre Beantwortung insbesondere von der Stellungnahme zu der sehr bestrittenen Frage abhängt, welches die die Kriminalität des versuchten Verbrechens rechtfertigende legislative Erwägung ist[4]). Es genüge daher der Hinweis, daß das Reichsgericht — in Widerspruch mit der in der Strafrechtswissenschaft herrschenden Auffassung — den grundlegenden Ausführungen v. Buris folgend das subjektive Prinzip, die Strafbarkeit des objektivierten Willens ohne Rücksicht auf die Tauglichkeit des angewandten Mittels oder des betroffenen Objekts, in zahl-

---

[3]) In folgerichtiger Durchführung der von ihm beibehaltenen Strafbarkeit der Abtreibung sagt denn auch der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: „Bei der Schwierigkeit, den Kausalzusammenhang zwischen der Abtreibungshandlung und dem Tode der Frucht nachzuweisen, würde die Strafverfolgung der Abtreibung bei Straflosigkeit des Versuchs zu einem erheblichen Teil vereitelt werden.“ Dem gleichen Gedanken gibt Radbruch (Abtreibung S. 178) Ausdruck.

[4]) Subjektive Theorie: Die Bestrafung des Versuchs ist eine Bestrafung des — objektivierten — verbrecherischen Willens. Objektive Theorie: Die Bestrafung des Versuchs ist eine Bestrafung der in der Anbahnung des Erfolgs liegenden Gefahr einer Rechtsverletzung (Gefährdung der Rechtsordnung).

reichen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht hat[5]). Ohne also hier den aus einer prinzipiellen Auffassung der Versuchsstrafe im allgemeinen resultierenden reichsgerichtlichen Standpunkt in eingehender Darlegung bekämpfen zu wollen, ohne weiterhin die sehr zweifelhafte Berechtigung der üblichen Einteilung in Versuch am absolut und relativ untauglichen Objekt sowie Versuch mit absolut und relativ untauglichen Mitteln erörtern zu wollen, sei nur kurz daran erinnert, daß die Frage der Strafbarkeit des Abtreibungsversuchs am untauglichen (nicht vorhandenen) Objekt nach unserer Auffassung (vgl. oben § 5) keine aus allgemeinen Versuchsgrundsätzen (mittels einer Auslegung des § 43) zu beantwortende Frage ist. Vielmehr wird sie für den Abtreibungsversuch der Schwangeren von der Frage nach der Täterqualität, dem tauglichen Subjekte der Tat konsumiert, während die Frage der Kriminalität des vom Dritten am untauglichen Objekt vorgenommenen Abtreibungsversuchs zwar eine Objektsfrage ist (vgl. oben § 5 Anm. 16), die Strafbarkeit jedoch ebenfalls entfällt, da die konkrete Strafbestimmung des § 218 das Vorhandensein einer lebenden Leibesfrucht verlangt, gegen die sich der strafbare Angriff richten muß[6]).

Dagegen ist die Frage der Kriminalität des Abtreibungsversuchs mit untauglichen Mitteln — wie die des Versuchs mit untauglichen Mitteln überhaupt — eine reine Versuchsfrage, die jedoch mit einer Wortinterpretation des § 43 („Anfang der Ausführung") weder zweifelsfrei beantwortet werden

[5]) Insbes. den untauglichen Abtreibungsversuch behandeln die Entscheidungen Bd. 1 S. 439, Bd. 8 S. 198, Bd. 17 S. 158, Bd. 29 S. 42, Bd. 34 S. 217.

[6]) Aus diesem Grunde ist die Strafbarkeit des Versuchs am untauglichen Objekt allgemein ausgeschlossen, und zwar ebenfalls nicht auf Grund einer Auslegung der Versuchsvorschriften, sondern auf Grund einer Auslegung der — einen Angriff auf ein taugliches Objekt verlangenden — einzelnen Straftatbestände (Wer eine Leibesfrucht abzutreiben versucht . . .; wer einen Menschen zu töten versucht usw.). Vgl. auch Wachenfeld a. a. O. S. 269: „Bei der Beurteilung des gegen ein untaugliches Objekt gerichteten Versuchs darf man nicht vergessen, daß der Versuch einen Angriff gegen ein Rechtsgut bedeutet und demgemäß auch von einem untauglichen Versuch keine Rede sein kann, wenn kein Rechtsgut vorhanden ist, gegen welches er sich richten könnte."

kann, noch vom Gesetze beantwortet werden sollte[7]). U. E. ist daher einzig der für die Strafbarkeit des versuchten Verbrechens maßgebende innere Grund, d. i. die in der Anbahnung des Erfolges liegende Gefährdung, für die Entscheidung der Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln verwertbar, jedoch nicht in dem Sinne v. Liszts, daß die auf Grund nachträglicher Prognose festzustellende konkrete Gefährlichkeit der Tat entscheidend wäre, vielmehr in dem — vornehmlich von Kohler[8]) und Wachenfeld[9]) vertretenen — Sinne, daß die mit untauglichen Mitteln vorgenommene Versuchshandlung dann eine gefährliche (die Rechtsordnung, nicht das konkrete Rechtsgut, gefährdende), mithin strafbare ist, wenn im Falle der Realisierung, so wie sie der Täter sich dachte, eine Verletzung entstanden wäre[10]). Der Wille des Täters muß mithin so weit objektiviert gewesen sein, daß der Wille auf Ausführung mit einem tatsächlich, nicht nur vermeintlich tauglichen Mittel gerichtet war, daß der Täter nicht nur eine mit Abtreibungsvorsatz ausgestattete, aber tatsächlich ungeeignete Handlung ausgeführt hatte (dies genügt nach der rein subjektiven Auffassung des Reichsgerichts), sondern daß diese Handlung, so wie er sie hatte ausführen wollen, zur Herbeiführung des Erfolges auch tatsächlich geeignet gewesen wäre, er aber an der Ausführung der von ihm gewollten tauglichen — objektiv gefährlichen — Handlung durch irgendwelche Umstände gehindert, in Unkenntnis dieser Veränderung der Sachlage eine tatsächlich ungeeignete Handlung vorgenommen hat.

Für den Abtreibungsversuch gelten naturgemäß auch die allgemeinen Grundsätze des sog. Rücktritts vom Versuch.

---

[7]) Dies ergeben die Motive, die die Lösung des noch ungeklärten Problems des untauglichen Versuchs ausdrücklich der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen.

[8]) Studien Bd. 1 S. 7ff.

[9]) a. a. O. S. 268.

[10]) Wachenfeld a. a. O. S. 269. — Danach würde ein Abtreibungsversuch mit heißem Kaffee straflos sein, wenn der Täter tatsächlich mit dem von ihm für tauglich gehaltenen Kaffee abtreiben wollte, dagegen strafbar, wenn er den Kaffee nur versehentlich mit einem anderen von ihm zu Abtreibungszwecken gewählten — tauglichen — Mittel verwechselt hatte.

Ein solcher ist sowohl beim nicht beendeten Versuch (§ 46 Ziff. 1) durch freiwilliges Aufgeben der Ausführung der beabsichtigten Tat (z. B. durch Ausspeien des bereits in den Mund genommenen Abortivmittels) denkbar[11]), als auch — unter den besonderen Voraussetzungen des § 46 Ziff. 2 — beim beendeten Versuch durch eigene Abwendung des Eintritts des Verbrechenserfolges (z. B. durch Einnehmen eines als Gegengift wirkenden Mittels).

Von den aus der Stellungnahme zu diesen allgemeinen Gesichtspunkten der Versuchslehre (insbesondere dem Probleme des untauglichen Versuchs) sich ergebenden Zweifeln abgesehen, bietet die nach der klaren Fassung des § 218 Abs. 1 (in Verbindung mit §§ 1 Abs. 1 und 43) zu bejahende Frage der Strafbarkeit des von der Schwangeren selbst vorgenommenen Abtreibungsversuchs keinerlei Besonderheiten; wohl aber hat hinsichtlich des Abtreibungsversuchs des Dritten die unglückliche Fassung der diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen zu einer Reihe im folgenden zu erörternder Zweifelsfragen Anlaß gegeben.

b) Der Abtreibungsversuch des Dritten.

§ 14.

Aus der Fassung des § 218 Abs. 3 („. . . . welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat") hat das Reichsgericht in einer Anzahl von Entscheidungen die Unanwendbarkeit dieser Strafvorschrift für den Fall des nur versuchten Verbrechens hergeleitet[1]). Diese durch eine Äußerung der Motive scheinbar bekräftigte reichsgerichtliche Auffassung würde zur Folge haben, daß in allen Fällen, in denen die Vernichtung der Leibesfrucht nicht oder nicht nachweislich durch die Tätigkeit des mit Einwilligung der Schwan-

[11]) RG. Bd. 35 S. 102 und Bd. 43 S. 137; vgl. auch über die Tatsache, daß der Rücktritt der Schwangeren vom Versuche den Gehilfen nicht straffrei macht, Bd. 3 S. 249 und Bd. 6 S. 341.

[1]) Insbes. RG. Bd. 1 S. 350, Bd. 3 S. 162, Bd. 4 S. 302 und Bd. 21 S. 14; neuerdings auch noch in den Entscheidungen vom 3. Januar und 24. Mai 1910 (Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 75, 211 und Warneyers Jahrbuch S. 54).

geren unentgeltlich handelnden Dritten vernichtet worden ist, der Dritte nicht als Täter gemäß §§ 218 Abs. 3, 43, sondern lediglich wegen Beihilfe zu dem versuchten Verbrechen des § 218 Abs. 1, also nach dem auf Grund der §§ 44 und 49 zweimal herabgesetzten Strafrahmen, bestraft werden könnte oder gar (beim nicht beendeten Versuch) wegen versuchter Beihilfe zu der Tat des § 218 Abs. 1 straflos bliebe[2]).

Dieser Ansicht des Reichsgerichts — der nicht ganz klaren Äußerung der Motive ist eine entscheidende Bedeutung nicht beizumessen — kann nicht zugestimmt werden. Daß sie sich legislativ in keiner Weise rechtfertigen läßt, bedarf keiner weiteren Begründung. Aber auch die sorgfältigste Textkritik des § 218 Abs. 3 muß zu dem Ergebnisse gelangen, daß die Fassung dieser Bestimmung die ihr vom Reichsgericht zuteil gewordene Auslegung weder erfordert noch auch nur zuläßt. Die Perfektform, die zum Ausdruck bringt und bringen soll, daß die durch sie bezeichnete Tätigkeit zum Abschluß gelangt sein muß, wird im § 218 Abs. 3 für die Tätigkeiten des Anwendens und Beibringens verwandt. Diese Tätigkeiten des Dritten müssen also zum Abschluß gelangt sein, während die Ansicht, daß die Leibesfrucht durch die Handlung des Dritten abgetrieben oder getötet sein muß, in der Fassung des § 218 Abs. 3[3]) keinerlei Unterstützung findet.

Der Umstand, daß die Einwirkungshandlung des Dritten nach dem Wortlaute der Gesetzesbestimmung zum Abschluß gelangt sein muß, bedeutet daher die nach §§ 218 Abs. 3, 43 mögliche Strafbarkeit des beendeten Abtreibungsversuchs, der erfolglosen Ausführungshandlung des Dritten, während der nicht beendete Abtreibungsversuch, die teilweise, unterbrochene Ausführungshandlung des Dritten auf Grund des die Beendigung der Einwirkungshandlung verlangenden Wortlauts der Bestimmung nicht nach § 218 Abs. 3 bestraft werden kann, sondern als versuchte Beihilfe zu der Tat des § 218 Abs. 1 straflos bleiben muß[4]).

---

[2]) Vgl. auch Radbruch, Abtreibung S. 176.

[3]) „Mittel zur Abtreibung oder Tötung", nicht etwa: „abgetrieben oder getötet hat".

[4]) Die im Texte vertretene Anwendbarkeit des § 218 Abs. 3 im Falle des sog. beendeten Versuchs nehmen an: v. Liszt S. 331 und

Dagegen ist die Möglichkeit jeglicher Versuchsstrafe aus § 219 — leider — zu verneinen. Die die vollendete Abtreibung fordernde Fassung („. . . . welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat . . . .") zwingt zu dieser Folgerung, die zweifellos nicht die mindeste legislative Berechtigung hat und die — trotz der Äußerung der Motive — wohl kaum in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat. Offenbar wollte der Gesetzgeber lediglich dem Gedanken Ausdruck geben, daß das „Verschaffen" der Abortivmittel nur dann nach § 219 gestraft werden könne, wenn sich an dies Verschaffen des Dritten die Abtreibungshandlung der Schwangeren kausal angeknüpft habe. Durch die verunglückte Fassung dieses Gedankens ist tatsächlich Gesetz geworden, daß eine Bestrafung des Dritten aus § 219 nur dann eintreten kann, wenn die Abtreibungshandlung der Schwangeren den Tod der Leibesfrucht zur Folge gehabt hat[5]). Wenn Radbruch[6]) keinerlei inneren Grund für den Ausschluß der Versuchsstrafe findet und daher zu dem Ergebnis kommt, daß die Möglichkeit oder Notwendigkeit einer anderen Auslegung lediglich Folge nachlässiger Formulierung sei, so stimme ich nach dem oben Gesagten vollkommen mit ihm überein, nehme aber im Gegen-

---

Olshausen S. 831, anscheinend auch Hälschner, „Gerichtssaal" Bd. 32 S. 603. Dagegen scheint Rüdorff-Stenglein S. 477 den reichsgerichtlichen Standpunkt zu teilen. Frank S. 347 nimmt die Bestrafung auch des nicht beendeten Versuchs gemäß § 218 Abs. 3 an, eine Ansicht, die uns mit dem Wortlaute dieser Bestimmung nicht vereinbar, aber de lege ferenda allein sinnvoll erscheint. Immerhin werden die sich aus der Judikatur des RG. ergebenden erheblichsten Mißstände schon durch die von uns vertretene, der Fassung des § 218 Abs. 3 adäquate Auffassung beseitigt, da es sich in der Praxis meist um beendeten Versuch aus § 218 Abs. 3 handelt. Die Ansicht Franks scheinen noch Radbruch S. 177 und Meyer-Allfeld S. 389 zu teilen, während Oppenhoff-Delius S. 517 und Horch S. 47 nicht klar erkennen lassen, ob sie auch die Möglichkeit der Bestrafung des unbeendeten Versuchs nach § 218 Abs. 3 bejahen wollen. Irrig ist die Zitierung Bindings bei Fricke S. 47.

[5]) Dies die herrschende Meinung, insbes. des Reichsgerichts in den Anm. 1 zit. Entscheidungen und Bd. 1 S. 194, ferner v. Liszt S. 332, Frank S. 348, Oppenhoff-Delius S. 518, Rüdorff-Stenglein S. 478, Horch S. 47, v. Lilienthal, Verbrechen und Vergehen gegen das Leben S. 277, v. Schwarze S. 610.

[6]) S. 177.

satze zu ihm an, daß — bedauerlicherweise — die andere Auslegung mit Rücksicht auf die Fassung des Gesetzes eben eine Notwendigkeit ist und daß alle Auslegungsversuche der Schriftsteller, die — in durchaus begreiflichem Empfinden — die Möglichkeit einer Versuchsstrafe aus § 219 bejahen[7]), an dieser ebenso klaren wie verfehlten Fassung des Gesetzes scheitern[8]).

Die unliebsame Folge dieser m. E. unumgänglichen Auslegung des § 219 ist die, daß auch bei entgeltlicher Abtreibung, wenn diese im Versuchsstadium geblieben ist, nur gemäß § 218 Abs. 3 gestraft werden kann, und zwar, wie oben dargelegt, nur im Falle des beendeten Versuchs, während der nicht beendete Versuch als versuchte Beihilfe zu der Tat des § 218 Abs. 1 straflos bleibt.

Diese Mißstände sucht der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch abzustellen, indem er der den jetzigen §§ 218 Abs. 3, 219 entsprechenden Bestimmung des § 217 Abs. 2 folgende Fassung gegeben hat: „Ebenso wird bestraft, wer an der Schwangeren mit ihrer Einwilligung die Abtreibung oder Tötung vornimmt oder ihr die Mittel hierzu verschafft hat. Handelt er gegen Entgelt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter sechs Monaten".

Danach greift angemessenerweise sowohl bei beendetem wie bei nicht beendetem Versuche die entsprechende Versuchsstrafe Platz.

Die Begründung des Vorentwurfs führt hierzu folgendes aus: „Die Ersetzung des Perfektums durch das Präsens soll die auf den Gebrauch des ersteren gestützte, in der Praxis vorkommende, aber nach der Absicht des Gesetzes wohl kaum

---

[7]) Binding, Lehrbuch I S. 40, Meyer-Allfeld S. 389, Hälschner Bd. 2 S. 73, Olshausen S. 833/834, Beling, Die Lehre vom Verbrechen S. 262, Radbruch S. 177.

[8]) Die singuläre Ansicht Thomsens (S. 337), der die Möglichkeit einer Versuchsstrafe annimmt, wenn die Handlung des Dritten zwar im Versuchsstadium stehengeblieben, die Vernichtung der Frucht jedoch durch diesen Versuch herbeigeführt worden ist, bedarf keiner eingehenden Widerlegung, da nicht beendeter Versuch durch die Gesetzesfassung (angewendet hat) ausgeschlossen, ein Nebeneinander von beendetem Versuch und Vernichtung der Leibesfrucht aber nur bei mangelnder Kausalität begrifflich möglich ist.

zutreffende Auffassung beseitigen, daß die gegen den Dritten gerichteten selbständigen Strafandrohungen Anwendung finden könnten nur, wenn die Frucht wirklich getötet worden sei, daß daher ein Versuch dieser Verbrechen nicht denkbar sei, daß vielmehr, wenn es bei versuchter Abtreibung seitens der Schwangeren geblieben ist, die Anwendung oder Beibringung der Abtreibungs- oder Tötungsmittel bei ihr nur nach den Vorschriften über Beihilfe bestraft werden könne. Bei dem Verschaffen der Abtreibungsmittel liegt Versuch nur dann vor, wenn die Schwangere oder ein Dritter mit ihrer Einwilligung bei ihr die verschafften Mittel angewendet hat, wenn also die Schwangere mindestens einen Abtreibungsversuch vorgenommen oder, was dem gleichsteht, an sich hat vornehmen lassen. Dies ergibt die Fassung: „oder ihr die (d. h. die angewandten) Mittel hierzu verschafft hat“[9]).

Über die Möglichkeit der Bestrafung eines ohne Wissen oder Willen der Schwangeren vorgenommenen Abtreibungsversuchs gemäß §§ 220 Abs. 1, 43 können bei der klaren Fassung dieser Bestimmung Zweifel nicht bestehen.

Dagegen ist die Frage der Versuchsstrafe im Falle des § 220 Abs. 2 keine speziell für diese Vorschrift zu entscheidende, vielmehr eine Frage, die sich nach der Stellungnahme zu dem kontroversen Probleme des Versuchs der durch den Erfolg qualifizierten Straftaten im allgemeinen beantwortet.

U. E. liegt ein Versuch des qualifizierten Delikts vor, wenn der qualifizierende Erfolg, der Tod der Schwangeren, zwar eingetreten, das Grunddelikt, die Vernichtung der Leibesfrucht, dagegen im Versuchsstadium geblieben ist, wenn z. B. durch den ohne Wissen oder Willen der Schwangeren vorgenommenen Eingriff der Tod der Schwangeren und eine

[9]) Dieser letzte Gedanke hätte m. E. noch exakter zum Ausdruck kommen können. Zwar glaube ich kaum, daß bei der klaren Ausführung der „Begründung“ die Ansicht, das entgeltliche Verschaffen von Abortivmitteln sei ohne Rücksicht auf eine sich daran knüpfende Abtreibungshandlung der Schwangeren gemäß § 217 Abs. 2 (des Entwurfs) strafbar, jemals Geltung erlangen könnte. Doch hätte ich im Interesse unbedingter Klarheit folgende Fassung vorgezogen: „... oder ihr die Mittel zu der von ihr vorgenommenen Abtreibungs- oder Tötungshandlung verschafft hat“.

lebende Frühgeburt herbeigeführt worden ist[10]). Dies gilt de lege lata sowohl, wenn der qualifizierende Erfolg unverschuldet, als auch, wenn er fahrlässig verschuldet war. War dagegen der Vorsatz des Täters auf Herbeiführung dieses Erfolges, des Todes der Schwangeren, gerichtet, so ist m. E., gleichviel ob dieser Erfolg eingetreten ist oder nicht, die Anwendbarkeit des §§ 220 Abs. 2 überhaupt ausgeschlossen, vielmehr hat eine Bestrafung wegen Mordes, Totschlags usw. in Tateinheit mit § 220 Abs. 1 einzutreten, eine Auffassung, die allerdings infolge des mangelhaften Verhältnisses der verschiedenen Strafrahmen zu eigentümlichen Ergebnissen führen kann[11])[12]).

---

[10]) So die herrschende Meinung, während insbes. Thomsen (Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte) auch bei nur versuchtem Grunddelikt vollendetes qualifiziertes Delikt annimmt, andererseits Meyer - Allfeld S. 389 und Oppenhoff - Delius S. 519 für die Anwendbarkeit des § 220 Abs. 2 vollendete Abtreibung verlangen und Idealkonkurrenz von versuchter Abtreibung mit fahrlässiger Tötung annehmen. „Für die Praxis ist die Frage, soweit ersichtlich, nicht bedeutsam geworden" (Begründung des Vorentwurfs S. 224).

[11]) Z. B. Bestrafung bei fahrlässig verursachtem Tode der Schwangeren gemäß § 220 Abs. 2: zehnjähriges bis lebenslängliches Zuchthaus; bei vorsätzlich (ohne Überlegung) verursachtem Tode der Schwangeren gemäß § 220 Abs. 1 in Tateinheit mit § 212: fünf- bis fünfzehnjähriges Zuchthaus.

[12]) Vgl. in dieser Beziehung die treffenden Ausführungen Radbruchs (Erfolghaftung S. 233ff.), der u. a. sagt: „De lege ferenda ist aber im Einklange mit dem oben zitierten Vorschlage Feuerbachs unbedingt zu verlangen, daß die Qualifizierung auf die Fälle fahrlässiger und zufälliger Herbeiführung des Erfolges sich beschränke: Das durch die vorsätzliche Herbeiführung des Erfolges qualifizierte Delikt ist kriminalpsychologisch etwas ganz anderes als das durch die zufällige und die fahrlässige Herbeiführung qualifizierte Delikt, es ist in Wahrheit eine durch das Mittel qualifizierte Herbeiführung des Erfolges, will sich deshalb in den Rahmen des durch den Erfolg (z. B. Tod) bloß qualifizierten Deliktes nicht fügen und strebt zu dem auf den Erfolg gerichteten Verbrechen (z. B. Tötung) hin. Ohne jenes Mißverhältnis der Strafandrohungen würde auch wohl niemand auf den Gedanken gekommen sein, das durch den Erfolg qualifizierte Delikt mitzubeziehen auf die vorsätzliche Herbeiführung dieses Erfolges. Diese Deutung kann also abgeschnitten werden einfach dadurch, daß man künftig Sorge trägt, daß die Strafe des durch den Erfolg qualifizierten Delikts nirgends diejenige des auf den Erfolg gerichteten Delikts überschreite."

Da, wie bereits früher erwähnt, der Vorentwurf im § 62 bei zu-

7. Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Der ärztliche Eingriff.

§ 15.

Es kann nicht Aufgabe dieser Darstellung sein, auf die einzelnen Gründe einzugehen, welche — nach der Ausdrucksweise unseres Gesetzes — die Strafe ausschließen oder mildern. Eine Behandlung dieser Strafausschließungs- und Milderungsgründe würde die Wertung einer Fülle von strafrechtlichen Problemen bedingen, die für alle Delikte von grundsätzlich gleicher Bedeutung sind, so z. B. der schwierigen und bestrittenen Frage, in welchen Fällen ein Schuldausschließungsgrund, wann ein Strafausschließungsgrund und wann mangelnde Rechtswidrigkeit der Handlungsweise gegeben ist. Von einer Behandlung dieser in die allgemeinen Lehren des Strafrechts gehörenden Fragen ist hier abzusehen, und die Erörterung auf ein für das Abtreibungsdelikt charakteristisches Problem zu beschränken, nämlich auf die Frage der kriminellen Würdigung der in gewissen Fällen durch die Umstände gebotenen Vernichtung der Leibesfrucht.

Im Vordergrunde des Interesses steht in dieser Hinsicht die rechtliche Qualifikation der vom Arzte vorgenommenen Unterbrechung der Schwangerschaft (künstlicher Abortus) sowie der vom Arzt oder Geburtshelfer bewirkten indizierten Perforation (Zertrümmerung der Schädeldecke des Kindes während des Geburtsvorganges, insbesondere bei Beckenenge der Schwangeren).

Es soll hier keine juristische Analyse des operativen ärztlichen Eingriffs im allgemeinen gegeben werden. Über seine Subsumtion unter den Begriff der kriminellen Körper-

---

fälligem Eintritt des qualifizierenden Erfolges die Anwendung der qualifizierten Strafnorm ausschließt, so fragt es sich, ob nur bei fahrlässigem oder auch bei vorsätzlichem Verschulden des qualifizierenden Erfolges aus der Qualifikationsnorm gestraft werden muß. Fassung des § 62 sowie Begründung S. 223 lassen erkennen, daß bei Richtung des Vorsatzes auf den schwereren Erfolg nicht die Norm des qualifizierten Delikts, sondern die Norm des Erfolgdeliktes (z. B. Mord, Totschlag) zur Anwendung kommt. Die Anwendbarkeit des § 217 Abs. 3 letzter Satz (des Entwurfs) würde also nur bei fahrlässigem Verschulden des erschwerenden Erfolgs gegeben sein.

verletzung und den Rechtsgrund seiner Straffreiheit besitzen wir eine umfangreiche monographische Literatur, in der — von Juristen wie von Medizinern — die Stellung des Arztes im Strafrecht de lege lata und de lege ferenda nach allen Richtungen beleuchtet wird[1]). Insbesondere ist der reichsgerichtliche Standpunkt, wonach der zu Heilzwecken erfolgte ärztliche Eingriff an sich die Tatbestandsmerkmale der Körperverletzung erfülle, das zur Strafbarkeit dieser Handlungsweise erforderliche Moment der Rechtswidrigkeit jedoch durch die Einwilligung des Patienten (Verletzten) ausgeschlossen werde[2]), einer im wesentlichen übereinstimmenden scharfen und berechtigten Kritik unterzogen worden. Andere Konstruktionsversuche finden die dem pflichtgemäßen ärztlichen Eingriffe mangelnde Rechtswidrigkeit gewohnheitsrechtlich[3]) oder durch die staatliche Anerkennung des mit dem Heileingriff angestrebten Zweckes[4]) verbürgt; auch der zivilistische Begriff der „Geschäftsführung ohne Auftrag" ist herangezogen worden[5]). Weiterhin wird von einem die Rechtswidrigkeit ausschließenden Berufsrechte des approbierten Arztes gesprochen[6]), und endlich die durch die Operation gegebene Erfüllung des Körperverletzungstatbestandes überhaupt geleugnet, indem der Verletzungsvorsatz verneint und der operative Eingriff als einheitliches Ganzes betrachtet wird, der in seinem schließlichen Ergebnisse nicht sowohl eine Verletzung, als vielmehr eine Heilung herbeizuführen bestimmt und geeignet sei.

Diese letztere — insbesondere von Stooß, Beling, v. Bar, Binding, Kahl, Frank, Heimberger, Kohler, Wachen-

---

[1]) Vgl. die im Literaturverzeichnis aufgeführten diesbezüglichen Abhandlungen von v. Lilienthal, Kahl, Heimberger, Ahlfeld, Wein, Oppenheim, Stooß, Richard Schmidt, van Calker, Holzapfel, Jaffé, Schickele, Veit, Mathes, Schmitt u. a.

[2]) Insbes. Bd. 25 S. 375, auch Bd. 38 S. 34.

[3]) So z. B. Oppenheim und van Calker.

[4]) v. Liszt, v. Lilienthal, Meyer-Allfeld, Rich. Schmidt, Finger u. a.

[5]) Rosenberg (im „Gerichtssaal" Bd. 62 S. 63ff.) und Zitelmann (im „Archiv für die zivilistische Praxis" Bd. 99 S. 1).

[6]) Diese von Hugo Meyer begründete Theorie, die zunächst viel Anhänger fand, kann heute als allgemein aufgegeben gelten.

feld, Kohlrausch und Radbruch mehr oder weniger nachdrücklich vertretene — m. E. allein sinnvolle und der Hoheit des ärztlichen Heilzweckes einzig adäquate Auffassung weist uns zugleich darauf hin, daß das uns speziell berührende Problem der pflichtgemäßen Vernichtung der Leibesfrucht durch künstlichen Abortus oder Perforation nicht restlos in dem allgemeinen Probleme des ärztlichen Eingriffs aufgeht, vielmehr durch die Tatsache, daß ein mit selbständigem Rechtsschutz ausgestattetes Gebilde, der Fötus, vernichtet, also neben dem der Mutter geltenden Heilzwecke der Tatbestand der Leibesfruchtvernichtung als solcher jedenfalls erfüllt wird, seine eigenartige Färbung erhält und demgemäß eine von der allgemeinen Fragestellung gesonderte Behandlung erfordert[7]).

Im Gegensatze zu sonstigen operativen Eingriffen, die sich also u. E. nicht als nicht rechtswidrige, sondern überhaupt nicht als Körperverletzungen charakterisieren lassen[8]), stellen sich der medizinische Abortus sowie die Perforation[9]) fraglos als Handlungen dar, die die Vernichtung der Leibesfrucht zum Gegenstande haben.

Daß die durch gewisse Umstände gebotene[10]) und daher pflichtgemäße Vernichtung der Leibesfrucht der strafrecht-

---

[7]) Bei der Auffassung v. Lilienthals (Pflichtgemäße ärztliche Handlung S. 10ff.), der den Embryo als „pars viscerum" ansieht, würde allerdings die Besonderheit unseres Problems entfallen, die Perforation mithin nichts anderes als jede beliebige an der Frau vorgenommene Operation sein.

[8]) Hierin liegt ein begrifflicher Unterschied: Der pflichtmäßig operierende Arzt begeht schon physiologisch keine Körperverletzung, der im Rahmen der elterlichen Erziehungsgewalt züchtigende Vater physiologisch eine Körperverletzung, jedoch eine nicht rechtswidrige und daher strafrechtlich keine Körperverletzung.

[9]) Nach der von uns vertretenen Auffassung, daß das menschliche Leben mit dem Austritt der äußeren Atmungsorgane aus dem Mutterleibe beginne, wird es sich auch bei der Perforation stets noch um Vernichtung einer Leibesfrucht handeln. Aber auch den diese Grenze anderweit festsetzenden Auffassungen, wonach eine Perforation unter Umständen bereits Vernichtung eines Menschenlebens sein kann, werden die Ausführungen des Textes im Wege analoger Anwendung ohne weiteres gerecht.

[10]) Eine Formel hierfür läßt sich schwer finden; es wird darüber weiter unten zu sprechen sein.

lichen Verfolgung entzogen ist, ist anerkannten Rechtes. Dem von religiösen Wahnideen beherrschten, von der römischen Kurie unterstützten, abweichenden Standpunkt einiger katholischer Moraltheologen[11]) kann demgegenüber nicht die mindeste Bedeutung beigemessen werden.

Dagegen hat sich über die Frage, wie dieser Ausschluß der Strafbarkeit konstruktiv zu rechtfertigen sei, juristische Spitzfindigkeit nach allen möglichen Richtungen versucht.

Die bereits oben erwähnten, für den ärztlichen Eingriff im allgemeinen aufgestellten Theorien, mit denen man auch die Erlaubtheit und kriminelle Indifferenz der ärztlichen Leibesfruchtvernichtung begründet hat, mögen hier ausscheiden; lediglich die speziell der Rechtfertigung der indizierten Perforation sowie des medizinischen Abortus dienenden Auffassungen sollen kurz gewürdigt werden:

Als völlig verfehlt und längst überwunden kann der in früheren Zeiten unternommene Versuch bezeichnet werden, die Straflosigkeit der Perforation und des künstlichen Abortus unter dem Gesichtspunkte einer Notwehrhandlung gegen den Embryo zu begründen. Es bedarf keiner weiteren Erörterung zur Widerlegung dieser absonderlichen Theorie, die in dem Fötus für den Fall, daß eine normale Geburt ausgeschlossen ist, einen „iniustus aggressor“[12]) gegen die Integrität der Schwangeren erblickt. Ein auch nur annähernd klares Erfassen des Notwehrbegriffs erweist die Haltlosigkeit dieser Konstruktion zur Genüge[13]).

Aber auch der Auffassung, daß indizierte Perforation und ärztliche Schwangerschaftsunterbrechung überhaupt nicht unter den Begriff der „Abtreibung oder Tötung der Leibesfrucht“ fallen, vermag ich mich, falls sie wirklich

---

[11]) Insbes. Bergervoort, Direkter Abortus und Kraniotomie und deren Erlaubtheit. Vgl. hierüber Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht S. 23ff., Abtreibung S. 169; Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation S. 10, Berufsrechte S. 70; Sippel S. 191ff.

[12]) Dieser Ausdruck ist von Weiß in seiner 1831 erschienenen Dissertation: „An liceat vivo foetu perforationem facere, si femina sectionem caesaream recusaverit“, geprägt worden.

[13]) Vgl. hierzu insbes. Heimberger, Straflosigkeit der Perforation S. 18ff., Polag S. 43ff., Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht S. 9.

vertreten werden sollte[14]), nicht anzuschließen. Die uns bei dem operativen ärztlichen Eingriff im allgemeinen zu einer Ausschließung des Körperverletzungsbegriffes nötigende Erwägung, daß die ärztliche Operation in ihrem Endergebnisse nicht Verletzung, sondern Heilung herbeizuführen bestimmt sei, ist, wie bereits angedeutet, einer entsprechenden Ausdehnung auf das Perforationsproblem nicht fähig, da zwar auch hier die Heilung der Schwangeren erstrebt wird, jedoch zugleich der mit selbständigem Rechtsschutz ausgestattete Fötus endgiltig vernichtet wird. Der Gedanke, daß der dem Fötus gewährte selbständige Schutz endige, wenn die Erlangung des menschlichen Lebens durch naturgemäße Geburt unmöglich sei[15]), daß also „Leibesfrucht" im Sinne der §§ 218ff. nur die Frucht sei, die auf natürlichem Wege an die Außenwelt zu gelangen vermöge (so wenigstens führt Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht S. 8, 9, diesen Gedanken weiter aus), erscheint mir lediglich dazu angetan, die Rechtswidrigkeit solcher Vernichtung der Leibesfrucht auszuschließen. Fraglos charakterisieren sich Perforation und künstlicher Abortus als Vernichtungen der Leibesfrucht. Ob sie allerdings — auch nur objektiv — den Tatbestand der §§ 218ff. erfüllen, ist eine andere Frage.

Zuvor soll noch auf einen weiteren Gesichtspunkt hingewiesen werden, der — wenigstens de lege lata — zur Rechtfertigung von Perforation und künstlichem Abortus keinesfalls ausreicht, auf den Gesichtspunkt des Notstandes.

Bei der engen Begrenzung des Notstandsbegriffes im geltenden Strafrecht würde nur der allergeringste Teil der Perforationen und medizinischen Schwangerschaftsunterbrechungen von diesem Strafausschließungsgrunde gedeckt werden. Jeder Arzt oder sonstige Dritte, der nicht zufällig „Angehöriger" der Schwangeren im Sinne der §§ 54, 52 StGB. ist,

---

[14]) Mit völliger Deutlichkeit ist dies allerdings nicht erkennbar. Es ist nicht recht klar, ob die in Anm. 15 zit. Schriftsteller keine Vernichtung der Leibesfrucht im Sinne des Gesetzes oder nicht rechtswidrige Vernichtung der Leibesfrucht annehmen (vgl. oben Anm. 8).

[15]) So insbes. Hälschner, Lehrbuch II S. 68 und Heimberger, Straflosigkeit der Perforation S. 28ff.

wäre demnach ohne weiteres der Abtreibungsstrafe verfallen. Angesichts derart unmöglicher Konsequenzen erübrigt sich ein Eingehen auf die sonstigen Bedenken, die eine ausschließliche Anwendung des § 54 auf unsere Frage haben würde. Sie sollen später anläßlich der Besprechung der de lege ferenda in Aussicht genommenen Erweiterung des Notstandsbegriffes gewürdigt werden. De lege lata erweist sich der § 54 zur Begründung der Straflosigkeit der notwendigen Leibesfruchtvernichtung als gänzlich unzureichend[16]).

Meines Dafürhaltens braucht es de lege lata weder der Heranziehung des Notstandsbegriffs noch einer anderen die Strafbarkeit ausdrücklich ausschließenden Norm, um die kriminelle Indifferenz der notwendigen und pflichtgemäßen Leibesfruchtvernichtung zu begründen.

Immanenter die Kriminalität begründender Bestandteil der §§ 218ff. wie jedes anderen Straftatbestandes ist die Rechtswidrigkeit der mit Strafe bedrohten Handlung. Durch eine Fülle von Momenten, nicht allein durch die in den §§ 51ff. StGB. ausdrücklich geregelten, kann diese Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein. Ein Eingehen auf die zahlreichen Streitfragen über Begriff und Wesen der Rechtswidrigkeit sowie über die Bedeutung der ausdrücklichen Hervorhebung der Rechtswidrigkeit in einzelnen Gesetzestatbeständen erübrigt sich hier[17]). Die begriffliche Abgrenzung von rechtmäßigem und rechtswidrigem Handeln läßt sich in einer Formel des ius scriptum nicht gewinnen; die Vielgestaltigkeit des modernen Lebens gestattet dies nicht; auf dem Boden ungeschriebenen Rechtes müssen die sozial-ethischen Zeitanschauungen die Grenze zu finden wissen. Und ungeschriebenes Recht erkennt

---

[16]) Der Versuch v. Schwarzes, den § 54 für unsere Frage durch die Annahme zu retten, daß der Arzt stets als „Werkzeug" der Schwangeren anzusehen, so daß diese (durch den Arzt) Kehrerin des Notstandes sei, muß als gescheitert bezeichnet werden.

[17]) Vgl. insbes. die Schriften von Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht; Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen; Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit; ferner v. Liszt S. 138ff., Frank S. 13, Olshausen Bd. 1 S. 270, Heimberger, Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln (Vergleichende Darstellung, Allg. Teil, IV. Bd.) u. a.

heute — in gewissen Fällen und unter gewissen Voraussetzungen — die Opferung des geringeren Gutes zur Rettung oder zugunsten des höheren Gutes als nicht rechtswidrig an. Dieses sog. Prinzip des überwiegenden Interesses[18]), das in der Notstandslehre seinen gesetzgeberischen Niederschlag gefunden hat, ist m. E. — auch wenn es einen Notstandsparagraphen nicht gäbe — für den Abtreibungstatbestand insofern von entscheidender Bedeutung, als es die — durch Wissenschaft und Rechtsprechung im einzelnen auszugestaltende — Formel für die Findung der nicht rechtswidrigen, mithin straflosen Vernichtung der Leibesfrucht erzeugt. Insofern stimme ich mit Binding (Lehrbuch S. 38) überein, als die der notwendigen Leibesfruchtvernichtung mangelnde Rechtswidrigkeit (von dem Gedanken des überwiegenden Interesses getragen) eine ungeschriebene Erweiterung des Notstandsbegriffes bedeutet. Festzuhalten ist hierbei jedoch an der Tatsache, daß — de lege lata — die gegeneinander abzuwägenden Werte nur das zukünftige Leben des Embryo und die — grundsätzlich höher einzuschätzende — körperliche Integrität der Schwangeren sind; die Berücksichtigung anderer Umstände, wie etwa der durch die Geburt des Kindes zu erwartenden Steigerung des Familienelends (soziale Indikationen), kann unter dem Gesichtspunkte des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit lediglich für die Strafrechtsreform in Frage kommen[19]).

Wann im einzelnen Falle das körperliche Interesse der Schwangeren die Opferung des Kindes fordert, ist hier nicht auszuführen. Medizinische Erkenntnis und Stand der chirurgischen Fähigkeiten sind die ausschlaggebenden Faktoren.

---

[18]) Vgl. insbes. Wein, Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffes.

[19]) v. Franqué (Horch - v. Franqué S. 34) teilt diese Momente folgendermaßen ein:

„1. bei Vergewaltigung,
2. aus sozialer Indikation,
3. aus rassehygienischen Gründen,
4. auf Grund ärztlicher Indikation wegen des Gesundheitszustandes der Mutter."

Als Mediziner beschränkt er seine Erörterung auch de lege ferenda auf den letzten Punkt.

Einen ungefähren Maßstab liefert folgende, dem allgemeinen Rechtsempfinden etwa entsprechende Formel: Nicht rechtswidrig ist die Vernichtung der Leibesfrucht, wenn sie zur Rettung des Lebens der Schwangeren oder wegen der Gefahr einer nicht unerheblichen, das normale Maß der mit einer Schwangerschaft verknüpften Leiden wesentlich übersteigenden Gesundheitsschädigung der Schwangeren vorgenommen wird[20]). Hiernach wird bei dem gegenwärtigen Stande der Frauenheilkunde eine Perforation u. a. als nicht rechtswidrig zu erachten sein, wenn zur Herbeiführung der Geburt der Kaiserschnitt erforderlich gewesen wäre. Diese Operation bedeutet heute durchschnittlich noch eine so erhebliche Gefährdung der Schwangeren, daß eine zu ihrer Vermeidung vorgenommene Perforation als unbedingt rechtmäßig gelten muß . Auch eine große Anzahl schwerer chronischer Leiden der Schwangeren berechtigen zu einer Vernichtung der Leibesfrucht in den Fällen, in denen das Fortdauern der Schwangerschaft eine unmittelbare Lebensgefahr für die Schwangere bedeuten oder doch eine nicht unerhebliche Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes zur Folge haben würde. Über die einzelnen medizinischen Indikationen und ihre Würdigung in der medizinischen Wissenschaft vgl. u. a. Polag S. 9ff.

Selbstverständlich beschränkt sich der unter diesen Gesichtspunkten gegebene Ausschluß der Rechtswidrigkeit nicht auf die vom Arzte bewirkte Vernichtung der Leibesfrucht. Er ist sowohl bei dem von der Schwangeren selbst wie von jedem beliebigen Dritten vorgenommenen Eingriffe denkbar. (Der ärztliche Eingriff wird allerdings von vornherein das größere Vertrauen genießen und die Vermutung mangelnder Rechtswidrigkeit für sich haben.) Der Einwilligung der Schwangeren kommt eine entscheidende Bedeutung jedenfalls nicht zu; doch kann sie ein wertvolles Kriterium insbesondere für die Feststellung des mangelnden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit bilden; Fehlen der Einwilligung kann unter Umständen eine Bestrafung wegen Nötigung zur Folge haben.

---

[20]) Vgl. die ähnlichen Formulierungen bei van Calker S. 49 und Horch - v. Franqué S. 47. Letzterer berücksichtigt jedoch nur den durch den approbierten Arzt vorgenommenen Eingriff.

Wenn hiernach der Abtreibungstatbeststand selbst stillschweigend die Momente enthält, die der durch den körperlichen Zustand der Schwangeren gebotenen Vernichtung der Leibesfrucht den Ausschluß der Rechtswidrigkeit und somit die Straflosigkeit sichern, so erscheint mir die von vielen Seiten geforderte ausdrückliche Regelung dieser Frage im künftigen Strafgesetzbuch überflüssig und sogar schädlich, letzteres insbesondere darum, weil jede Formulierung die Gefahr zu enger Begrenzung birgt und ihr eventuell die unbedingt wünschenswerte weite Anpassungsfähigkeit an die Entwickelung der Anschauungen und Fähigkeiten mangeln könnte, die dem unausgesprochenen Gedanken leichter eignet. Es ist der Ärzteschaft allerdings nicht zu verdenken, wenn sie den ihr gebührenden Schutz durch eine Vorschrift „schwarz auf weiß" wirksamer gestaltet wähnt, als durch einen unausgesprochenen Gedanken, dessen sinngemäßer Ausbau lediglich durch verständige Rechtsprechung verbürgt werden kann. Durch das Fehlen jeder ausdrücklichen Regelung beunruhigt, haben daher die preußischen Ärztekammern zahlreiche Vorschläge formuliert, die sowohl die Straflosigkeit des pflichtgemäßen ärztlichen Eingriffs im allgemeinen wie der Leibesfruchtvernichtung im besonderen zum Gegenstande haben, im wesentlichen als Zusätze zu den §§ 211, 218ff. und 223ff. des geltenden Strafrechts gewünscht werden, sich aber — mit einer einzigen Ausnahme — auf den Schutz der approbierten Ärzte beschränken, eine Forderung, die vom ärztlichen Standpunkt durchaus verständlich, bei der nun einmal bestehenden Freiheit des Heilgewerbes in Deutschland jedoch keinesfalls gerechtfertigt ist[21]).

Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch hat denn auch diesen Forderungen der Ärzte sowie dem auch

---

[21]) Eine ausführliche Wiedergabe dieser Vorschläge findet sich bei Heimberger, Berufsrechte S. 39ff.; vgl. auch van Calker S. 44ff.

Die Furcht der Ärzte, mangels ausdrücklicher Formulierung derartiger Sätze leichter in Konflikt mit den Strafgerichten zu kommen, ist m. E. unbegründet. Insbesondere ist eine spezielle Regelung der erlaubten Perforation oder Schwangerschaftsunterbrechung keinesfalls vonnöten. Soweit mir bekannt, ist unter der Herrschaft des Deutschen Strafgesetzbuchs noch niemals gegen einen Arzt Anklage wegen Abtreibung der Leibesfrucht erhoben worden.

von Juristen vielfach geäußerten Wunsche einer ausdrücklichen Regelung des ärztlichen Eingriffs keine Folge gegeben. Die mangelnde objektive Rechtswidrigkeit der pflichtgemäßen Vernichtung der Leibesfrucht und des ärztlichen Eingriffs überhaupt ist nach der Begründung des Vorentwurfs[22]) allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entnehmen, wird insbesondere auch durch die ausdrückliche Erweiterung des Notstandsbegriffs gedeckt. Dieser hat im § 67 des Vorentwurfs folgende Fassung erhalten: „Nicht strafbar ist, wer eine Handlung zur Rettung der Person oder des Eigentums seiner selbst oder eines anderen aus einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht zu beseitigenden unverschuldeten Gefahr vornimmt, es sei denn, daß die Gefahr nur gering ist, oder, soweit es sich um die Rettung von Eigentum handelt, der von der Handlung zu erwartende Schaden unverhältnismäßig größer ist als die Gefahr."

Wenn Radbruch[23]) und Heimberger[24]) die Straflosigkeit von Perforation und medizinischem Abortus auf eine derartige Erweiterung des Notstandsparagraphen im künftigen Strafrecht abstellen, so ist dem insofern zuzustimmen, als unter der Voraussetzung weitherziger Auslegung einer dem § 67 des Vorentwurfs etwa entsprechenden Notstandsbestimmung den Bedürfnissen des Lebens in den wechselvollen Möglichkeiten, die unsere Frage bietet, allerdings entsprochen werden könnte. Das Reichsgericht ist hier in der bekannten Entscheidung vom 3. Juli 1903[25]) mit gutem Beispiel vorangegangen: Es handelte sich um mehrere Fälle, in denen ein Ehemann seiner Ehefrau oder letztere sich selbst die Leibes-

---

[22]) Vgl. S. 247, 254, 647 und 659. Diese das Schweigen des Vorentwurfs rechtfertigenden, m. E. im wesentlichen schlüssigen Ausführungen der Begründung haben bereits scharfe Kritik erfahren; vgl. u. a. von medizinischer Seite Ahlfeld, Der Arzt als Angeklagter; von juristischer Seite Heimberger, Der ärztliche Eingriff im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch und Schmitt, Über Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des kunstgerechten operativen Eingriffs, ferner die bei Horch-v. Franqué S. 71 zitierte, von Juristen und Medizinern gefaßte Resolution.

[23]) Abtreibung S. 172ff.

[24]) Berufsrechte S. 70ff.

[25]) Bd. 36 S. 334ff.

frucht abgetrieben hatte, weil eine Entbindung Gesundheit oder gar das Leben der Schwangeren ganz außerordentlich gefährdet hätte. Das Reichsgericht hat in diesen Fällen sämtliche Voraussetzungen des § 54 für gegeben erachtet, insbesondere die mangelnde Verschuldung des Notstandes trotz Kenntnis der Schwangeren von der mit Eintritt der Schwangerschaft verbundenen erheblichen Gefährdung ihrer Gesundheit damit begründet, daß in dem freiwilligen Vollzug des Beischlafs zwischen Ehegatten selbst bei Voraussehbarkeit der in Rede stehenden Folgen ein zureichendes Verschulden nicht erblickt werden könne[26]).

Mit der Erweiterung des Notstandsparagraphen würde diese reichsgerichtliche Auffassung nicht nur der Schwangeren selbst und ihren „Angehörigen", sondern auch dem Arzte wie jedem sonstigen Dritten zugute kommen. Trotzdem erscheint es mir höchst bedenklich, die Straflosigkeit der durch den körperlichen Zustand der Schwangeren gebotenen Vernichtung der Leibesfrucht im künftigen Strafrecht allein auf eine derart erweiterte Notstandsbestimmung zu stützen. Auch der § 67 des Vorentwurfs enthält noch mancherlei einengende Momente, insbesondere werden Gegenwärtigkeit und mangelnde Verschuldung des Notstandes gefordert. Den hierdurch begründeten Bedenken verschließen sich auch Radbruch und Heimberger nicht. Um den wesentlichsten Gesichtspunkt gleich herauszugreifen: Die Reichsgerichtsentscheidung nimmt allerdings bei ehelicher Schwangerschaft unter den gegebenen Voraussetzungen unverschuldeten Notstand an. Dagegen beweist es wohl allzu viel Vertrauen in die Weitherzigkeit unserer Strafjustiz, wenn Heimberger[27])

[26]) Vgl. auch S. 342: „Immerhin würde es den Anschauungen auch der gesunden Moral im Volksbewußtsein widersprechen und deshalb unbillig erscheinen, im Verhältnisse zwischen Ehegatten, die in ehelicher Lebensgemeinschaft leben, unterschiedslos die höchsten Anforderungen an deren Willenskraft zu stellen, selbst im Falle möglicher Gefährdung der Frau oder einer etwaigen Leibesfrucht absolute geschlechtliche Enthaltsamkeit zu fordern und schon in jeder Nachgiebigkeit gegen Regungen der Sinnlichkeit ohne Vorhandensein von Umständen, die diese Nachgiebigkeit als Ausfluß besonderen Leichtsinns oder besonderer Gleichgültigkeit gegen die Gefährdung erkennbar machen, ein ‚Verschulden' zu erblicken."

[27]) a. a. O. S. 75.

eine Ausdehnung dieser Entscheidung auf die uneheliche Schwangerschaft für sicher hält. In diese Sicherheit möchte ich mich bei den herrschenden ethischen Anschauungen nicht wiegen[28]), und solange man einer derartigen restlosen Gleichstellung von ehelicher und außerehelicher Schwangerschaft nicht völlig gewiß sein kann, genügen meines Dafürhaltens der § 67 des Vorentwurfs oder eine ähnlich lautende Notstandsbestimmung zur Rechtfertigung der Straflosigkeit der durch die Umstände gebotenen Leibesfruchtvernichtung nicht.

Eine Gefährdung, nicht einen Schutz des Arztes würde es m. E. hiernach bedeuten, wenn — in absehbarer Zeit — die Auffassung Geltung erlangen würde, daß ein dem § 67 des Vorentwurfs entsprechend erweiterter Notstandsparagraph die Norm sei, die die Straflosigkeit der indizierten Abtreibung begründe.

Vielmehr möchte ich auch de lege ferenda daran festhalten, daß in erster Reihe der Abtreibungstatbestand selbst unausgesprochen das zur Kriminalität der Tat erforderliche Postulat der Rechtswidrigkeit birgt, einer Rechtswidrigkeit, deren Ausschluß allerdings aus einem Notstandsgedanken (dem Prinzip des überwiegenden Interesses) erzeugt ist, ohne daß dieser die Rechtmäßigkeit und Straflosigkeit der Handlungsweise verbürgende Notstandsgedanke durch die dem konkreten Notstandsparagraphen anhaftenden Beschränkungen eingeengt würde. Nichts Gefährlicheres für den Strafrichter, als an Worte gebunden zu sein, die die Möglichkeiten restriktiver Interpretation bergen und damit vielleicht erst den Anstoß zu einem engherzigen Judikate geben. Die Freiheitlichkeit und die Anpassungsfähigkeit der richterlichen Entscheidung an den jeweiligen Tatbestand wird in unserer Frage durch die Nichtformulierung des maßgebenden Gedankens, wie mir scheint, weit sicherer gewährleistet.

8. Konkurrierende Strafgesetze.

§ 16.

Die Fragen, unter welchen Voraussetzungen insbesondere die Tatbestände der §§ 211ff. und 223ff. mit dem Abtreibungs-

[28]) So auch van Calker S. 27.

delikt ideal konkurrieren können, bieten wenig rechtliche Besonderheiten.

M. E. wird durch jede Abtreibungshandlung des Dritten zugleich der Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung der Schwangeren erfüllt, da Körperverletzung in weitestem Sinn als jede Störung der fremden körperlichen Integrität gefaßt werden muß. Der abtreibende Dritte ist sich bei Vornahme der Abtreibungshandlung stets bewußt, daß diese zugleich in das körperliche Wohlbefinden der Schwangeren störend eingreift. Eine Verneinung des Körperverletzungsvorsatzes würde eine Verkennung des begrifflichen Unterschiedes von Vorsatz und Absicht oder Vorsatz und Zweck bedeuten. Im Falle des § 220 Abs. 1 wäre daher grundsätzlich Idealkonkurrenz dieses Delikts mit vorsätzlicher Körperverletzung der Schwangeren anzunehmen[1]).

Ob eine derartige Konkurrenz in den Fällen der §§ 218 Abs. 3 und 219 gegeben ist, hängt zunächst von der Art und Intensität des Körperverletzungsvorsatzes ab. War dieser lediglich der normalerweise durch den Abtreibungsvorsatz bedingte, so hatte sich die in die Abtreibung einwilligende Schwangere auch insoweit mit der Körperverletzung einverstanden erklärt, und die Entscheidung der Frage hängt alsdann von der Stellungnahme zu dem bestrittenen Problem ab, ob Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit der Körperverletzung ausschließt[2]). War dagegen der Vorsatz des abtreibenden Dritten darauf gerichtet, durch die Abtreibungshandlung über das erforderliche Maß hinaus zugleich störend in den Organismus der Schwangeren einzugreifen, so wird dieser Exzeß

[1]) Idealkonkurrenz ist in Wahrheit nicht Verbrechens-, sondern Gesetzeskonkurrenz (vgl. insbes. Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz S. 57ff., v. Liszt S. 240).

Ob man bei Konkurrieren von Abtreibung und Körperverletzung die als „Idealkonkurrenz" bezeichnete Gesetzeskonkurrenz des § 73 oder ob man hier die gewöhnlich als „Gesetzeskonkurrenz" bezeichnete begriffliche Konsumtion des schwächeren Delikts durch das stärkere annehmen will, ist mehr oder weniger Gefühlssache. Insbesondere mit Rücksicht auf die Mehrheit der betroffenen Objekte entscheide ich mich im Sinne der ersten Alternative.

[2]) Vgl. hierüber u. a. Olshausen S. 856, Frank S. 105, v. Liszt S. 313 und die von diesen Schriftstellern zit. Spezialliteratur und Judikatur.

des Körperverletzungsvorsatzes von der Einwilligung der Schwangeren in die Abtreibung nicht gedeckt werden, die Kriminalität der vorsätzlichen Körperverletzung daher jedenfalls zu bejahen sein.

Hatte die Abtreibungshandlung des Dritten eine das normale Maß übersteigende Körperverletzung der Schwangeren zur Folge, ohne daß dies dem Vorsatze des Dritten entsprach, so ist ein ideales Konkurrieren von Abtreibung mit fahrlässiger Körperverletzung denkbar.

Eine erhebliche praktische Bedeutung kommt jedoch diesen Fragen keinesfalls zu, insbesondere auch, weil die Verfolgung der leichten vorsätzlichen sowie der fahrlässigen Körperverletzung von der Stellung des Strafantrages abhängig ist.

Mit den Tötungsdelikten der §§ 211, 212, 215, 216 und 222 ist eine Idealkonkurrenz der Abtreibungshandlung des Dritten (§§ 218 Abs. 3, 219, 220 Abs. 1) stets denkbar[3]).

Daß das durch den Erfolg qualifizierte Delikt des § 220 Abs. 2 begrifflich keinerlei Idealkonkurrenz mit irgendeinem anderen Tötungs- oder Körperverletzungstatbestande zuläßt, bedarf keiner Begründung. Daß nach diesseitiger Auffassung bei Richtung des Tatvorsatzes auf gleichzeitige Herbeiführung des Todes der Schwangeren die Anwendbarkeit des § 220 Abs. 2 ausgeschlossen, vielmehr Idealkonkurrenz des § 220 Abs. 1 mit §§ 211, 212 oder 215 anzunehmen ist, ist bereits früher erörtert worden[4]).

Ist durch Fahrlässigkeit des Dritten die Vernichtung der Leibesfrucht herbeigeführt worden, so wird — die Stellung des Strafantrags vorausgesetzt — wenigstens eine Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung der Schwangeren grundsätzlich möglich sein.

Endlich ist eine ideale Konkurrenz der Abtreibungsdelikte mit der Straftat de § 183 begrifflich denkbar. —

In diesem Zusammenhange mag noch eine andere, praktisch sehr bedeutsame Frage berührt werden, wie nämlich solchen Kurpfuschern und Verkäufern von Abtreibungsmitteln strafrechtlich beizukommen ist, bei denen eine Anklage aus

[3]) RG. Bd. 43 S. 287.
[4]) Vgl. oben § 14.

§ 219 keinerlei Erfolg versprechen würde, da ihre Behauptung, sie hätten das Abortivmittel unter Vorspiegelung seiner Wirksamkeit, jedoch in Kenntnis seiner Untauglichkeit verkauft, zutreffend oder doch nicht widerlegbar ist. Ohne eine eingehende Würdigung dieser — nicht eigentlich in das Gebiet der Abtreibung gehörenden — Frage zu unternehmen, soll lediglich die eigenartige Wandlung der höchstrichterlichen Judikatur in der Behandlung dieser Frage kurz skizziert werden:

Während das Reichsgericht früher bei derartigen Vorkommnissen unbedenklich wegen Betruges oder Betrugsversuchs verurteilte[5]) und damit fraglos den Bedürfnissen des Lebens entsprach, gelangten in der Folgezeit in der Rechtsprechung aller reichsgerichtlichen Strafsenate Grundsätze zur Anwendung, „welche mit den in jenen Entscheidungen gebilligten Anschauungen unvereinbar sind. Im Einklange mit der Literatur geht das Reichsgericht davon aus, daß grundsätzlich der Tatbestand des Betruges einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen anderer voraussetzt. Er versagt insbesondere da, wo der Getäuschte zu der tatsächlich sein Vermögen mindernden Aufwendung durch die Vorspiegelung einer Gegenleistung bestimmt wurde, die eine unsittliche oder unerlaubte Handlung ausmachen würde. Der Staat kann die Verletzung solcher Verträge, denen er überhaupt die rechtliche Anerkennung versagt, nicht strafrechtlich ahnden“[6]).

Diese im Jahre 1889 einsetzende[7]) — durch die Anm. 6 zitierte Entscheidung auch auf unsere Frage angewandte — berühmte reichsgerichtliche Auffassung, daß der Betrugstatbestand einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen des Betrogenen erfordere, eine m. E. unter bestimmten Gesichtspunkten konstruktiv wie kriminalpolitisch recht anfechtbare Auffassung[8]), ist denn auch, nachdem das Reichsgericht bereits im Jahre 1906 eine Verurteilung wegen versuchten Betruges in solchen Fällen für möglich erklärt hatte[9]), in

[5]) Vgl. z. B. Bd. 15 S. 318.

[6]) Bd. 36 S. 343.

[7]) Insbes. Bd. 19 S. 186, Bd. 21 S. 161, Bd. 24 S. 411, Bd. 27 S. 300, Bd. 28 S. 386.

[8]) Vgl. (gegen die herrschende Ansicht) Lucas, Anleitung Teil 2, S. 374 sowie Lindenberg in der DJZ. Bd. 9 S. 425 und S. 1055/1056.

[9]) Bd. 38 S. 423.

allerneuester Zeit gerade für unseren Fall des betrügerischen Verkaufs unwirksamer Abortivmittel wiederum durchbrochen worden.

Der bei Niederschrift dieser Zeilen in der amtlichen Sammlung noch nicht zum Abdruck gelangte Beschluß der Vereinigten Strafsenate vom 14. Dezember 1910 wird von Reichsgerichtsrat Zaeschmar in der Deutschen Juristen-Zeitung[10]), auch nach den leitenden Gesichtspunkten seiner umfangreichen Begründung, mitgeteilt.

Von der praktischen und zutreffenden Erwägung ausgehend, daß die bisherige reichsgerichtliche Rechtsprechung insbesondere auf dem Gebiete des Handels mit Abortivmitteln Mißstände gezeitigt habe, legte der 2. Strafsenat den vereinigten Strafsenaten mit Bezug auf die zur Entscheidung stehende Strafsache folgende Fragen vor:

„Ist die zum Tatbestande des Betruges erforderliche Vermögensbeschädigung ausgeschlossen, wenn der Käufer gezahlt hat, um ein taugliches Abtreibungsmittel zu erwerben, während das gelieferte Mittel nicht tauglich ist?

Ist in Fällen dieser Art der ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung rechtlich ausgeschlossen, wenn sich der Zahlende bewußt war, keinen Anspruch auf Lieferung des Abtreibungsmittels zu haben?“

Beide Fragen sind durch Plenarbeschluß verneint worden. In der Begründung wird im wesentlichen etwa ausgeführt, der bisherige Standpunkt des Reichsgerichts, daß eine Vermögensbeschädigung im Rechtssinne nicht vorliege, sei nicht aufrecht zu erhalten, da ein Gegensatz zwischen tatsächlichem (wirtschaftlichem) Schaden und Schaden im Rechtssinne nicht bestehe. Der der Schwangeren durch die Geldzahlung erwachsene Vermögensverlust könne nicht deshalb geleugnet werden, weil das Verlorene im Rechtswege nicht zurückverlangt werden könne (§ 817 BGB.). (Lediglich unter Zuhilfenahme einer — auf dem Gebiete des Strafrechts unstatthaften — Fiktion könnte die eingetretene Bereicherung des Händlers auf Kosten der geprellten Frauen verneint werden). — Auch müsse der zur Erfüllung des Betrugstatbestandes notwendige

[10]) Jahrg. 1911, Nr. 1 S. 78 und Nr. 5 S. 328.

Kausalzusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung bejaht werden, sobald feststehe, daß der Geprellte um der Gegenleistung willen gezahlt habe; habe er der Versicherung des Täuschenden, den Vertrag zu erfüllen, Vertrauen geschenkt, so gehe es nicht an, den hiernach in Wirklichkeit bestehenden ursächlichen Zusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung bei der strafrechtlichen Beurteilung des Tatbestandes so zu behandeln, als ob er nicht da wäre. Demgegenüber sei die bisherige Auffassung — daß derjenige, der sich eine im Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen lasse und in deren Erwartung eine Aufwendung mache, sich selbst beschädige, da er sein Vermögen im Bewußtsein der Unmöglichkeit einer Gegenleistung im Rechtssinne mindere —, nicht aufrechtzuerhalten.

Dieser für die Auslegung des Betrugstatbestandes außerordentlich bedeutungsvolle Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung wird ohne Zweifel die Kritik der — dem Gedanken des rechtlich geschützten Vermögens huldigenden — herrschenden Meinung hervorrufen. M. E. ist diese Rückkehr des Reichsgerichts zu seinem früheren Standpunkte mit Freuden zu begrüßen. Das Prinzip des rechtlich geschützten Vermögens krankt an der Vermengung kriminalistischer und zivilistischer Momente, ist konstruktiv verfehlt und läßt in seinem Ergebnis eine strafwürdige Handlung deshalb ungesühnt, weil es mit der Ahndung dieser Handlung eine andere strafwürdige Handlung indirekt zu begünstigen vermeint. In dieser Hinsicht führt die Begründung des Plenarbeschlusses etwa aus: „Die Erwägung, durch Zulassung der Strafklage wegen Betruges gewähre man mittelbar zugleich dem unerlaubten Handeln des Dritten rechtlichen Schutz und begünstige sein Interesse an Erlangung der verbotenen Gegenleistung, ist gleichfalls nicht von entscheidender Bedeutung. Denn die auf strafrechtlichem Boden zu entscheidende Frage ist nicht die, ob der Täter den Anspruch des Getäuschten auf die verbotene Gegenleistung unbefriedigt lassen darf, sondern ob es ihm erlaubt ist, sich durch das Mittel der Täuschung auf fremde Kosten zu bereichern“ [11]).

[11]) Zaeschmar a. a. O. S. 330.

Wenn auch zuzugeben ist, daß dieser Plenarbeschluß des Reichsgerichts für die Beurteilung des Betrugstatbestandes im allgemeinen von noch nicht absehbarer Bedeutung ist[12]), so erscheint mir die darin zum Ausdruck kommende Auffassung — jedenfalls für die hier interessierenden Fälle des betrügerischen Handels mit Abortivmitteln — nicht nur konstruktiv durchaus gerechtfertigt, sonern vor allem allein lebensvoll, dem Rechtsgefühl und praktischen Bedürfnissen entsprechend.

9. Strafmaße und gerichtliche Kompetenz. Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche. Der Gegenentwurf der Professoren Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt.

§ 17.

Endlich sei noch kurz auf die Strafmaße des geltenden Rechts hingewiesen. Lediglich die der Zuständigkeit der Strafkammer unterworfene einfache Abtreibung (durch die Schwangere selbst oder einen Dritten), die prinzipaliter mit Zuchthausstrafe von 1—5 Jahren bedroht wird, kennt — bei Zubilligung mildernder Umstände — die Verhängung einer Gefängnisstrafe (von 6 Monaten bis zu 5 Jahren). Sowohl bei der entgeltlichen Abtreibung als auch bei der Abtreibung ohne Wissen oder Willen der Schwangeren — in beiden Fällen ist das Schwurgericht zuständig — tritt stets Zuchthausstrafe, und zwar im Falle des § 219 von 1—10 Jahren, im Falle des § 220 Abs. 1 von 2—15 Jahren und im Falle des § 220 Abs. 2 von 10—15 Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

In allen Fällen ist gemäß § 32 StGB. die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig.

Hervorzuheben sind die bei Versuch, Beihilfe, Beihilfe zum Versuch und Jugendlichen erheblich herabgesetzten Strafmaße. Unter Berücksichtigung der §§ 44, 49 und 57 würden sich u. a. folgende Strafminima ergeben:

---

[12]) Zaeschmar a. a. O.

a) beim versuchten Verbrechen des § 218 Abs. 1 oder Abs. 3 sowie bei Beihilfe zum vollendeten Verbrechen des § 218 Abs. 1 und 3: $1^1/_2$ Monate Gefängnis,
b) bei Beihilfe zum versuchten Verbrechen des § 218 Abs. 1 oder Abs. 3: 12 Tage Gefängnis,
c) bei Jugendlichen (Vollendung, Versuch, Beihilfe oder Beihilfe zum Versuch des § 218 Abs. 1 oder Abs. 3): 1 Tag Gefängnis.

Schon seit geraumer Zeit werden die Strafrahmen der §§ 218 bis 220 StGB. in der Praxis als wesentlich zu hoch empfunden. Bei den unqualifizierten Taten des § 218 steht die Zuchthausstrafe tatsächlich nur noch auf dem Papier. Es wird fast durchweg unter Zubilligung mildernder Umstände Gefängnisstrafe und zwar häufig das Strafminimum oder doch wenigstens eine nahe hieran grenzende Strafe verhängt[1]).

Demzufolge betont denn auch die Begründung des Vorentwurfs: „Die Strafe ist dem geltenden Recht gegenüber entsprechend der in der Rechtsprechung zutage tretenden milderen Auffassung erheblich ermäßigt."

Die Herabsetzung der einzelnen Strafrahmen bildet tatsächlich die wesentlichste Änderung, die der Vorentwurf den Bestimmungen des geltenden Rechts gegenüber aufweist. An dieser Stelle sei daher der § 217 des Vorentwurfs, auf den bereits im Verlaufe der Darstellung häufig Bezug genommen werden konnte, wiedergegeben. Er lautet:

„Eine Schwangere, welche vorsätzlich ihre Frucht abtreibt oder im Mutterleibe tötet, wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefängnis von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer an der Schwangeren mit ihrer Einwilligung die Abtreibung oder Tötung vornimmt oder ihr die Mittel hierzu verschafft hat. Handelt er gegen Entgelt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter sechs Monaten.

---

[1]) Radbruch (Abtreibung S. 183) macht folgende statistische Mitteilung: „Zuchthausstrafen in Prozenten der erkannten Gefängnisstrafen: 1894—1901: 15%, 1894—1897: 17,1%, 1898—1901: 12,7%; die Zuchthausstrafen dürften wohl fast sämtlich auf Lohnabtreibungen entfallen."

Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen vorsätzlich abtreibt oder tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter einem Jahr, und wenn durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht ist, mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft".

Zu beachten ist für die Strafzumessung jedoch der § 83 des Vorentwurfs, der dem Gericht in besonders leichten Fällen eine Strafmilderung nach freiem Ermessen gestattet und, wo dies ausdrücklich vorgesehen, sogar Straffreiheit zuläßt. Letzteres ist insbesondere beim Versuch in den Fällen geschehen, in denen das vollendete Verbrechen nicht mit dem Tode oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedroht ist (§ 76 des Vorentwurfs). Hierdurch ist eine Handhabe gegeben, die Härten der reichsgerichtlichen Judikatur über den untauglichen Versuch auszugleichen.

Von der Tatsache, daß heute vielfach die Abschaffung der Kriminalität der mit Willen der Schwangeren bewirkten Abtreibung schlechthin oder unter gewissen Voraussetzungen gefordert wird, schweigt die Begründung des Vorentwurfs gänzlich. Bei dem insbesondere im letzten Jahrzehnt erfolgten Anschwellen dieser die kriminelle Behandlung der Abtreibung im geltenden Recht grundsätzlich bekämpfenden Bewegung — fast die gesamte Spezialliteratur ist neueren und neuesten Datums und erörtert die Abtreibungsfrage im wesentlichen nur de lege ferenda —, bei der außerordentlichen Aktualität dieses Problems hätte es in der Begründung des Vorentwurfs auch bei unveränderter Beibehaltung des Abtreibungstatbestandes immerhin einer — wenn auch noch so gedrängten — ausdrücklichen Stellungnahme hierzu bedurft.

An der prinzipiellen Strafbarkeit der Abtreibung hat auch der von den Professoren Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt aufgestellte Gegenentwurf zum Vorentwurf festgehalten. Die das Abtreibungsdelikt behandelnde Bestimmung dieses privaten Gegenentwurfs[2]) hat folgenden Wortlaut:

[2]) Durch gütiges Entgegenkommen des Herrn Geheimrat v. Liszt ist mir die Zitierung des Entwurfs schon vor dessen demnächst zu erwartender Veröffentlichung gestattet worden.

§ 259: „Eine Schwangere, die ihre Leibesfrucht tötet, wird mit Gefängnis bestraft.

Dieselbe Vorschrift findet Anwendung gegen den, der die Leibesfrucht mit Einwilligung der Schwangeren tötet. Hat der Täter in Gewinnsucht die Abtreibung vorgenommen oder der Schwangeren zu der Abtreibung Beihilfe geleistet, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren.

Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen tötet, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Der Arzt, der eine Leibesfrucht tötet, um eine auf andere Weise nicht abwendbare Gefahr des Todes oder dauernder schwerer Gesundheitsbeschädigung von der Schwangeren abzuwenden, ist straflos."

Dem geltenden Recht und dem Vorentwurfe gegenüber hat der Gegenentwurf die Strafe der einfachen Abtreibung noch weiter herabgesetzt. Bei der angedrohten Gefängnisstrafe mit dem (aus § 42 des Entwurfs sich ergebenden) Minimum von einer Woche — die im Vorentwurfe noch wahlweise beibehaltene Zuchthausstrafe ist fortgefallen — hat man unwillkürlich die Empfindung, daß die Normierung dieser Strafe eine allmähliche Vorbereitung und Erziehung zu völliger Straflosigkeit der unqualifizierten Abtreibung bedeuten soll.

Dagegen sind die für die qualifizierten Abtreibungsfälle normierten Strafen dem Vorentwurfe gegenüber erhöht worden, insbesondere ist die im Vorentwurfe sowohl für die entgeltliche Abtreibung wie für die Abtreibung ohne Wissen oder Willen der Schwangeren wahlweise vorgesehene Gefängnisstrafe fortgeblieben. Dabei ist jedoch die Beibehaltung einer dem oben erwähnten § 83 des Vorentwurfs entsprechenden Bestimmung (§ 88 des Gegenentwurfs), sowie der Umstand zu beachten, daß der Gegenentwurf an die Stelle der Entgeltlichkeit das schwerer zu erfüllende qualifizierende Moment der Gewinnsucht gesetzt hat. Bemerkenswert ist fernerhin, daß in solchen Fällen nach § 85 des Gegenentwurfs neben der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe erkannt werden kann[3]), ein

[3]) „§ 85: Neben Freiheitsstrafe kann, wenn die Handlung auf Gewinnsucht beruht, auf Geldstrafe bis zu 50 000 M. erkannt werden."

talionsähnlicher Gedanke, der jedoch gegenüber dem Unwesen des Kurpfuschertums Gutes wirken kann.

Im übrigen ist hervorzuheben, daß die vom Vorentwurfe beibehaltene mangelhafte Formulierung „abtreibt oder im Mutterleibe tötet“[4]) dankenswerterweise beseitigt und durch die eindeutige Fassung „Eine Schwangere, die ihre Leibesfrucht tötet“ ersetzt worden ist. Wie § 19 des Gegenentwurfs ergibt[5]), bedeutet das Fehlen des Wortes „vorsätzlich“ nicht etwa die Kriminalität der fahrlässigen Abtreibung.

Das Verschaffen des Abortivmittels durch den Dritten ist nicht, wie im Vorentwurf, in das selbständige unqualifizierte Delikt des Dritten mitaufgenommen, kann daher — außer wenn es in Gewinnsucht geschehen ist (also unter Umständen auch bei Entgeltlichkeit) — nur als Beihilfe zu § 259 Abs. 1 gestraft werden, eine Tatsache, der jedoch angesichts des niedrigen Strafrahmens praktische Erheblichkeit nicht zukommt. Dagegen ist die qualifizierte (gewinnsüchtige) Abtreibung des Dritten insofern erweitert worden, als die Strafnorm nicht nur (wie im geltenden Recht und im Vorentwurf) die eigentlichen Tötungshandlungen (Anwendung und Beibringung des Mittels) sowie die intensivste Beihilfehandlung (Verschaffen des Mittels), sondern jede Beihilfehandlung des Dritten, also z. B. auch die gewinnsüchtige Raterteilung, umfaßt.

Eine dem § 220 Abs. 3 StGB. entsprechende, auch im Vorentwurfe beibehaltene besondere Straferhöhung für das durch den Erfolg (Tod der Schwangeren) qualifizierte Abtreibungsdelikt ohne Wissen oder Willen der Schwangeren ist im Gegenentwurfe fallen gelassen. Wie bereits früher ausgeführt, hat schon der Vorentwurf die erhöhte Haftung für den zufällig eingetretenen schwereren Erfolg aufgegeben; bei Richtung des Vorsatzes auf den schwereren Erfolg ist die Erfolgsbestimmung unmittelbar anzuwenden, und eine besondere Norm für die fahrlässige Verschuldung des erschwerenden Erfolges

[4]) Vgl. oben § 7.

[5]) „§ 19: Strafbar ist nur, wer rechtswidrig und schuldhaft handelt. Schuldhaft handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt; jedoch wird die Fahrlässigkeit nur dann bestraft, wenn dies das Gesetz ausdrücklich anordnet.“

zu schaffen, erschien den Verfassern des Gegenentwurfs wohl mit Recht überflüssig, da in diesem Falle durch den weiten Strafrahmen des § 259 Abs. 3 sowie durch die Idealkonkurrenz mit der fahrlässigen Tötung eine ausreichende Bestrafung gewährleistet wird.

Im letzten Absatze des § 259 hat der Gegenentwurf der starken Strömung Rechnung getragen, die die ausdrückliche Regelung der indizierten ärztlichen Perforation und Schwangerschaftsunterbrechung fordert. Meine Bedenken gegen eine ausdrückliche Regelung dieser Frage mittels einer derartigen — leicht zu einengender Interpretation führenden — Formulierung habe ich oben (§ 15) ausgesprochen.

Nicht glücklich erscheint mir endlich die Wiederaufnahme der im Vorentwurfe vermiedenen Perfektform in Absatz 2 Satz 2. Hiermit wird den alten Streitfragen über die Strafbarkeit des Versuchs wiederum Raum gegeben. Doch bleibt abzuwarten, ob und in welcher Richtung etwa die Begründung des Gegenentwurfs diese Tatsache rechtfertigen wird.

Von einer Kritik des Gegenentwurfs kann an dieser Stelle überhaupt nicht die Rede sein; vorstehende Ausführungen sollten — mangels Kenntnis der erst in der Entstehung begriffenen Begründung — lediglich den Charakter eines Hinweises auf die wesentlichsten Abweichungen vom geltenden Recht und vom Vorentwurfe haben.

Daß sich die Begründung des Gegenentwurfs insbesondere auch mit der auf gänzliche Abschaffung der Kriminalität der einfachen Abtreibung gerichteten Bewegung auseinandersetzen wird, erscheint mir zweifellos. Sagt doch v. Lilienthal selbst in seiner Besprechung des Vorentwurfs[6]): „Daß die Beseitigung der Strafbarkeit überhaupt in der Begründung gar nicht erwähnt wird, muß bei der Beachtlichkeit der Gründe für diese Forderung ungemein befremden."

Einer kurzen kriminalpolitischen Würdigung dieser die Behandlung der Abtreibung im künftigen Strafrechte betreffenden Fragen ist der letzte Teil der vorliegenden Arbeit gewidmet.

---

[6]) Verbrechen und Vergehen gegen das Leben S. 277.

III. Die Straftaten wider das keimende Leben und die Strafrechtsreform.

§ 18.

Individuelles Gepräge und seinen lebensvollsten Reiz hat der Kampf um die Kriminalität der Abtreibung im künftigen Strafrecht vor allem durch das mutige Eingreifen der Frauen erhalten, die, offen und warmherzig, teils mit dem Rüstzeuge juristischer Schulung, teils — und dies sind die wertvolleren Beiträge — auf Grund feinfühligen Erfassens der weiblichen Psyche und eindringender Kenntnis der sozialen Verhältnisse ihre Stimme zu dem ihre eigentlichste Lebenssphäre berührenden Problem erhoben haben.

Auch in der Frauenwelt hat sich ein Überwiegen der Anschauungen nach der einen oder anderen Richtung zurzeit noch nicht geltend machen können, Verneinung und Bejahung der Kriminalität der einfachen Abtreibung scheinen sich etwa das Gleichgewicht zu halten. Während u. a. Gräfin Gisela von Streitberg, Camilla Jellinek und Dr. Helene Stöcker sich mit mehr oder weniger Nachdruck für die Abschaffung der §§ 218, 219 StGB. ausgesprochen haben, ist insbesondere von Dr. Marie Raschke, Dr. Gertrud Bäumer, Helene Lange und Katharina Scheven — mit mancherlei Unterschieden und Modifikationen — die grundsätzliche Beibehaltung dieser Strafbestimmungen gefordert worden. Und auch aus Frauenversammlungen, in denen die auf Abschaffung des Abtreibungsdelikts gerichtete Forderung begründet wurde, „ertönte vielstimmiger Protest“[1]).

Ein in seiner Buntheit außerordentlich interessantes Ergebnis hat in dieser Hinsicht eine von Dr. Helene Stöcker vor etwa 3 Jahren veranstaltete Enquête gezeitigt, in der etwa 600 bekannten Persönlichkeiten, vorwiegend Ärzten, Naturforschern, Juristen, Sozialpolitikern und Literaten, folgende Fragen vorgelegt wurden:

---

[1]) Vgl. Camilla Jellinek, Die Strafrechtsreform und die §§ 218 und 219 StGB., in „Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform“ S. 603.

1. Würden Sie eine Änderung der §§ 218 und 219 bei der bevorstehenden Reform des Strafgesetzbuchs für wünschenswert halten?

2. Würden Sie unserer Forderung zustimmen können, die mit Willen der Schwangeren vorgenommene Abtreibung straflos zu lassen, dagegen eine Bestrafung in folgenden Fällen vorzusehen:

a) wenn die Abtreibung durch eine andere Person als die Schwangere selbst gegen den Willen der Schwangeren vorgenommen wird,

b) wenn die Abtreibung durch die Schwangere selbst oder durch eine andere Person vorgenommen wird, aber nur, nachdem die Schwangere durch einen anderen unter Mißbrauch eines psychischen oder sozialen Abhängigkeitsverhältnisses zur Zulassung der Abtreibung bestimmt worden ist?

3. Wenn nicht, in welcher Form würden Sie dann eine Änderung vorschlagen?

Das Resultat dieser Enquête hat Dr. Helene Stöcker in der „Neuen Generation" (Novemberheft 1908) mitgeteilt. Hiernach befinden sich unter den auf die Anfrage ergangenen 120 Antworten nur 9, die jede Reform ablehnen, während die übrigen 111 eine Abänderung der Strafbestimmungen fordern; von diesen stimmen 75 den in der Enquête ausgesprochenen Forderungen vollkommen oder mit geringen Modifikationen zu. Als Anhänger der von Dr. Stöcker formulierten Forderungen bekannten sich unter vielen anderen Haeckel, v. Liszt, v. Lilienthal, Bode, Bierbaum, Hedwig Dohm, Adele Schreiber und Radbruch, letzterer jedoch mit der Hinzufügung, daß die Abtreibung während der ersten 5 Monate der Schwangerschaft und bei Ehefrauen nur, sobald die Schwangere dreimal geboren habe, geschehen dürfe ....

Im übrigen werden u. a. folgende Forderungen gestellt:

a) Straflosigkeit, jedoch Strafbarkeit der gegen den Willen des zur Erfüllung seiner Vaterpflichten bereiten Erzeugers vorgenommenen Abtreibung,

b) Straflosigkeit nur bei Zuziehung von Ärzten,

c) Straflosigkeit bei Vergewaltigung (u. a. von Beling und Mittermaier),

d) Straflosigkeit bei schwerer erblicher Krankheit der Eltern.

In einer Reihe von Antworten wird die grundsätzliche Beibehaltung der Kriminalität, jedoch die Umwandlung der Zuchthaus- in Gefängnisstrafe verlangt (u. a. von Engelmann, Allfeld und Marie Raschke).

Auch die gesetzliche Regelung der Erlaubtheit des durch den körperlichen Zustand der Schwangeren bedingten künstlichen Abortus wird vielfach gewünscht.

Schon diese Enquête gibt uns ein anschauliches Bild von der Lebhaftigkeit des um die zukünftige Gestaltung unseres Delikts entbrannten Kampfes, von der Uneinigkeit über die Richtlinien der Reformbestrebungen und von der Umstrittenheit der zugrundeliegenden ethischen und sozialen Fragen.

Betrachten wir das Ergebnis dieser Enquête in Verbindung mit den übrigen — das Abtreibungsdelikt im künftigen Strafrechte behandelnden — zahlreichen Publikationen (meist sind es kleinere Aufsätze oder Broschüren), so finden wir eine grundsätzliche Übereinstimmung im wesentlichen nur in folgenden Punkten:

1. In der Notwendigkeit der Beibehaltung einer dem § 220 Abs. 1 StGB. entsprechenden Strafvorschrift.

2. In der Notwendigkeit einer möglichst wirksamen Bekämpfung des Kurpfuschertums.

3. In der — im Falle der Beibehaltung der Strafbarkeit — notwendigen erheblichen Herabsetzung der Strafmaße für die mit Willen der Schwangeren uneigennützig vorgenommene Abtreibungshandlung.

Dieser letzten Forderung auf Ermäßigung des dem Volksempfinden widerstreitenden Strafrahmens des § 218 haben auch, wie wir sahen, die beiden bisher ausgearbeiteten Strafgesetzentwürfe in mehr oder weniger intensiver Weise Rechnung getragen.

Dagegen scheint die auf grundsätzliche Abschaffung der Abtreibungsstrafe gerichtete Forderung festen Fuß zunächst noch nicht fassen zu können. In einem an Camilla Jellinek gerichteten von dieser zitierten[2]) Privatbriefe sagt v. Liszt:

---

[2]) Camilla Jellinek a. a. O. S. 616.

„Die Berechtigung des § 218 ist mir sehr zweifelhaft. Völlige Aufhebung wird nicht durchzusetzen sein". Wie seine Stellungnahme in der soeben besprochenen Enquête in Verbindung mit einer anderen Äußerung[3]) ergibt, steht v. Lilienthal auf dem gleichen Standpunkt. Mindestens zwei von den vier Verfassern des Gegenentwurfs zweifeln also die Daseinsberechtigung des § 218 an. Nichtsdestoweniger wird auch im Gegenentwurfe die prinzipielle Strafbarkeit der einfachen Abtreibung beibehalten! Es fehlt der Mut zu einer grundsätzlichen Umwälzung auf diesem Gebiete. Man glaubt nicht an ihre Durchsetzbarkeit. Sehr begreiflich, wenn das Gefühl von der inneren Begründetheit der aufgestellten Forderung nicht über jeden Zweifel erhaben ist. Und das ist es nicht und kann es wohl auch nicht sein, da die Erfahrung mangelt und die Wirkungen einer Freigabe der Abtreibung nicht mit völliger Sicherheit abzusehen sind. Diejenigen unter den Kämpfern gegen die Abtreibungsstrafe, die diesen Kampf mit vollster Überzeugtheit führen, bei denen auch nicht der kleinste Zweifel an der unbedingten Berechtigung ihrer Forderung besteht, sind daher zu zählen. Handelt es sich doch nicht um eine Tat, bei der sich die Frage nach ihrer Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit aus den sozialen Anforderungen und Anschauungen unserer Zeit ohne weiteres und zweifelsfrei beantwortet, vielmehr sind eine Fülle von Momenten, die für und wider die Abschaffung der Abtreibungsstrafe sprechen, zu erwägen. Es ist infolgedessen wohl verständlich, daß die, welche die Frage eingehender durchdenken, sich ihres ausgesprochenen problematischen Charakters wohl bewußt werden müssen und auch bei einem die Beseitigung der Abtreibungsstrafe fordernden Endergebnisse ihrer Überlegung ihre Bedenken nicht verhehlen. Hierzu kommt der berechtigte Wunsch zu differenzieren, nicht jede — aus Bequemlichkeit, Vergnügungssucht usw. vorgenommene — Abtreibung ungestraft zu lassen, und die Schwierigkeit, eine befriedigende gesetzliche Formel hierfür zu finden. Daher die Fülle vermittelnder Vorschläge mit individualisierenden Momenten. —

[3]) Verbrechen und Vergehen gegen das Leben S. 277: „Es erklärt sich wohl daraus, daß man einen solchen Vorschlag einstweilen für gänzlich aussichtslos hielt, und das ist gewiß richtig."

So fehlt der Bewegung — aus erklärlichen Gründen — die rechte Einheit, dem Kampfe die nötige Schwungkraft, die für einen Bruch des Gesetzgebers mit dem Überkommenen, Althergebrachten nun einmal erforderlich ist. — Dies wird die folgende Schilderung der für und wider die Beibehaltung der Abtreibungsstrafe geltend gemachten und zu machenden Erwägungen noch näher dartun:

Wo liegt der legislative Grund für die Kriminalität der Abtreibung? Wessen Rechte, welche schutzwürdigen Interessen werden verletzt?

Die Fülle widersprechendster Antworten, die auf diese Frage gegeben worden sind, zeigt am besten die Unklarheit der gesetzgeberischen Erwägungen, die problematische Natur unseres Delikts.

Wie wir sahen, strafte das römische Recht die Abtreibung unter dem Gesichtspunkte einer Verletzung des dem ehelichen Erzeuger zustehenden Anspruchs auf Nachkommenschaft. Daß dies nicht die Erwägung des geltenden Rechts ist, bedarf keiner Begründung, da das geltende Recht einerseits die ledige Schwangere gleichermaßen wie die abtreibende Ehefrau straft, andererseits die Bestrafung von einer etwaigen Einwilligung des Ehemannes in die Abtreibungshandlung gänzlich unabhängig ist. Aber auch de lege ferenda läßt sich die Gestaltung der Abtreibung als eines Antragsdelikts — ein Einschreiten nur auf Antrag des Ehemannes würde die notwendige Folge einer derartigen Begründung der Strafbarkeit sein — keinesfalls rechtfertigen. Mit Recht sagt Camilla Jellinek[4]): „Die Anschauung, daß der Ehemann Rechte an die Leibesfrucht habe, rechnet noch mit dem Gedanken des Herrschaftsrechts des Mannes über die Frau . . . .“ Eine Rechtsordnung, die an die Verweigerung der ehelichen Pflichten selbstverständlich keine kriminellen, sondern lediglich unter Umständen zivilistische Rechtsfolgen (Scheidungsrecht des Gatten) knüpft, kann auch die Kriminalität der Leibesfruchtvernichtung nicht ausschließlich mit der Verletzung des Gattenrechts begründen.

Man hat diesen Gedanken unter Ausscheidung des antiquierten ehemännlichen Herrschaftsrechts würdiger dahin ge-

[4]) a. a. O. S. 619.

faßt, daß die Abtreibung als ein Verstoß gegen den Zweck der Ehe strafbar sei. In dieser erweiterten Form, die übrigens immer noch die Bestrafung der ledigen Schwangeren unberücksichtigt läßt, geht der Gedanke bereits in dem umfassenderen Gesichtspunkte des staatlichen (gesellschaftlichen) Interesses auf, da der Staat der Ehe als einem die Interessen der Allgemeinheit fördernden, der geregelten Fortpflanzung der Menschheit dienenden Institute Schutz verleiht. Hiervon wird später zu reden sein.

Zuvor soll noch auf einige andere Gesichtspunkte hingewiesen werden, die man zur Begründung der Abtreibungsstrafe herangezogen hat.

Kaum gestreift zu werden verdient der absurde Gedanke, daß die Fruchtabtreibung als ein Eingriff in die Rechte etwaiger Erbschaftsprätendenten bestraft werden müsse. Daß diese durch l. 39 D. 48, 19 angeregte Erwägung jemals einer ernsthaften ausschließlichen Rechtfertigung der Abtreibungsstrafe gedient haben sollte, erscheint ausgeschlossen[5]).

Wie die geschichtliche Entwickelung ohne weiteres ergibt, sind nach der Auffassung des geltenden Rechts vorwiegend zwei legislative Gesichtspunkte für die Kriminalität der Abtreibung bestimmend gewesen: einmal und in erster Reihe die Vorstellung, daß die Abtreibung eine das dem Fötus zustehende subjektive Recht auf Leben verletzende mordähnliche Handlung sei, eine Anschauung, deren Wurzeln in der mittelalterlich-kirchlichen Auffassung von der dem Fötus in einem gewissen Zeitpunkte der Schwangerschaft durch göttliche Gnade zuteil gewordenen Beseelung liegen; sodann der im wesentlichen nur für § 220 StGB. in Betracht kommende Gedanke, daß die Abtreibung die körperliche Integrität der Schwangeren erheblich zu schädigen geeignet sei.

Was den ersten Gesichtspunkt betrifft, so hat uns, wie bereits im Verlaufe der Darstellung hervorgehoben, die fortschreitende naturwissenschaftliche Erkenntnis über die Art des dem menschlichen Leben durchaus unähnlichen embryo-

[5]) Vgl. hierzu auch Hiller, Das Recht über sich selbst S. 95, und E. v. Liszt S. 60.

nalen Lebens aufgeklärt. Wir wissen heute[6]), daß der Embryo, der sich in der ersten Zeit in einem fisch- oder amphibienartigen Zustande befindet und dessen Organe und Funktionen in späteren Stadien der Schwangerschaft höchstens denen eines niederen Säugetiers gleichkommen, kein dem menschlichen Leben vergleichbares, sondern ein zahlreichen anderen Geweben im mütterlichen Organismus entsprechendes abhängiges, niederes Leben führt, das sich vor diesen lediglich durch seine Entwickelungsfähigkeit zu höherem selbständigen Leben auszeichnet. Auf Grund dieser Tatsachen wird die Möglichkeit der Konstruktion eines dem Embryo zustehenden Anspruchs auf Leben allgemein verneint[7]), da die menschliche Rechtsordnung nur Menschen oder Menschenvereinigungen als Träger subjektiver Rechte anerkennt, eine gewiß zutreffende Erwägung, die naturgemäß nicht etwa eine Negierung der Schutzwürdigkeit des Fötus überhaupt bedeutet, sondern ihm lediglich — angesichts der Tatsache, daß Rechtssubjekt in unserem Sinne und nach unserem Gefühl nur der mit selbständigem physiologischen Leben ausgestattete Mensch ist — die ihm gebührende Stellung als Objekt des staatlichen Schutzes zuweist. Die strafrechtliche Schutzwürdigkeit des Embryo muß daher, während der Mensch durch sein bloßes Dasein — ohne Rücksicht auf seine soziale Nützlichkeit — Anspruch auf diesen Schutz hat[8]), durch konkrete soziale Interessen bedingt sein, wobei allerdings das natürliche starke Gefühl für die Schutzwürdigkeit dieses Keims des zukünftigen Menschen eine besondere Geneigtheit zur Findung der diese Schutzwürdigkeit etwa begründenden Interessen erzeugen wird.

Unhaltbar ist auch der Gedanke, daß die Abtreibung als eine Leben und Gesundheit der Schwangeren gefährdende Hand-

---

[6]) Vgl. Haeckel, Lebenswunder S. 372ff.

[7]) Insbes. Ehinger-Kimmig S. 92; Camilla Jellinek a. a. O. S. 615—616, Horch S. 64, Schultzenstein S. 404, E. v. Liszt S. 23ff., Hrehorowicz S. 3 und Hiller S. 92ff.; dagegen Lewin S. 45.

[8]) Natürlich abgesehen von den stärksten Manifestationen sozialer Schädlichkeit, bei deren Vorliegen die Gesellschaft diesen Anspruch — innerhalb der durch ein geregeltes Verfahren gebotenen Garantien — negiert.

lung strafbar sei. Dies ist ein für die Strafbarkeit der ohne Wissen oder Willen der Schwangeren bewirkten Abtreibung neben anderen Gesichtspunkten allerdings ebenfalls in Betracht kommendes Moment. Dagegen ist die Selbstverletzung oder Gefährdung der eigenen Person nach unseren Anschauungen der kriminellen Ahndung entzogen[9]), und die Strafbarkeit der einem anderen (hier der Schwangeren) mit dessen Einwilligung zugefügten Verletzung zum mindesten zweifelhaft[10]).

Auch mit der insbesondere von Schneickert[11]) vertretenen, im übrigen allseitig verworfenen[12]) Auffassung, das Gesittungsinteresse des Staates erfordere die Bestrafung der Abtreibung, diese sei eine die Sittlichkeit verletzende Tat, vermag ich nichts anzufangen. Daß die Abtreibung kein Sittlichkeitsdelikt im Sinne der §§ 171ff. StGB. ist, erschient fraglos, da das gemeinsame Merkmal dieser Sittlichkeitsverbrechen (i. e. S.), der auf eine — vom öffentlichen Sittlichkeitsbewußtsein mißbilligte — unmittelbare oder mittelbare Reizung oder Befriedigung des Sexualtriebes zielende Vorsatz des Täters ist. Und eine der speziellen Rechtfertigung der Abtreibungsstrafe dienende Heranziehung des Begriffs der „Sittlichkeit" im weiteren Sinne ist zum mindesten farblos und nichtssagend, da dies ein allgemeiner das gesamte Strafrecht umspannender Begriff ist, eine Handlung ja darum mit Strafe bedroht wird, weil sie nach den herrschenden Anschauungen als unsittlich, d. h. schutzwürdigen Interessen widerstreitend, gilt. Welches aber die durch die einzelne Handlung verletzten Rechte oder Interessen sind (Eigentum, Ehre, Leben, Gesundheit usw.), wird mit dieser Rechtfertigung der Kriminalität der Abtreibung als einer die Sittlichkeit verletzenden Handlung nicht gesagt. Die Frage lautet ja gerade: Warum ist die Abtreibung un-

[9]) Vgl. oben § 16 Anm. 2.

[10]) Im § 142 StGB. wird nicht die Selbstverletzung als solche, sondern die darin liegende Verletzung der Wehrpflicht mit Strafe bedroht.

[11]) S. 121ff.

[12]) Insbes. Ehinger - Kimmig S. 100, Schultzenstein S. 406ff., E. v. Liszt S. 61ff., Radbruch S. 160.

sittlich, also strafwürdig? Und diese Frage bleibt durch den formelhaften Hinweis auf das „Gesittungsinteresse", die „Sittlichkeit" naturgemäß unbeantwortet.

Wohl der einzige der Begründung der Abtreibungsstrafe dienende prinzipielle[13]) Gesichtspunkt, der heute noch einer ernsthaften Erwägung fähig ist, ist der bevölkerungspolitische Gesichtspunkt des staatlich-sozialen Interesses an der möglichst ungehemmten Volksvermehrung, der populationistische Gedanke, daß die Freigabe der Abtreibung eine Gefährdung des zu den Lebensbedingungen der menschlichen Gesellschaft, des Staates usw. gehörenden Nachwuchses bedeute[14]).

Ich stehe nicht an, dem Staate für den Fall, daß die Freigabe der Abtreibung seine kulturelle Entwickelung zweifellos schädigen würde, ohne weiteres das Recht zur Bestrafung der Abtreibung einzuräumen, halte es für toten Formalismus, wenn Hrehorowicz[15]), Jungmann[16]) und ihnen folgend E. v. Liszt[17]) ein derartiges Recht des Staates mangels Beweisbarkeit (?!) verneinen und für eine — zielbewußter Aufwärtsentwickelung widerstreitende — unangebrachte Schwäche, wenn Grabowsky[18]) meint, das Wesen des Toleranzstaates lasse es nicht zu, die Abtreibung zur Erzielung größeren Kinderreichtums unter Strafe zu stellen, der Staat könne bei etwa vorhandenem Interesse den Kinderreichtum durch Steuernachlässe und andere Maßnahmen belohnen, dürfe aber sein Fehlen nicht bestrafen. — Wo das gesellschaftliche Zusammenleben seine (d. h. der Summe seiner Glieder) schutzwürdige Interessen gefährdet oder verletzt sieht, erwächst auch das Recht zu krimineller Ahndung. Und wenn eine Bestrafung des einzelnen wegen Zuwiderhandlung gegen die bevölkerungspoliti-

---

[13]) Über einzelne für und wider die Kriminalität der Abtreibung sprechende Momente (ohne prinzipielle Bedeutung) später.

[14]) So schon Feuerbach § 395, Ihering, Zweck im Recht Bd. 1 S. 503.

[15]) S. 11.

[16]) S. 39, 40.

[17]) S. 40, 41.

[18]) Das Recht über sich selbst S. 101ff., ähnlich Dorn, Strafrecht und Sittlichkeit S. 55.

schen Interessen der Gesamtheit uns auf den ersten Blick allzu nüchtern und utilitaristisch dünkt, so sei daran gemahnt, daß jede Ethik im Grunde nichts anderes als mehr oder weniger verhüllter Utilitarismus ist, ein Verstoß gegen ein etwa vorhandenes Populationsinteresse des Staates also schließlich in gleichem Sinne unsittlich sein würde, wie Diebstahl, Betrug, Körperverletzung usw. Daß uns das Gefühl für die Unsittlichkeit eines Verstoßes gegen dies Bevölkerungsinteresse fehlt oder zum mindesten nicht in Fleisch und Blut übergegangen ist, liegt einmal daran, daß der einzelne Verstoß gegen dies gesellschaftliche Interesse seine schädigende Wirkung nicht so sichtbar äußert wie die den einzelnen Mitmenschen verletzende Handlung, vor allem aber an der außerordentlichen Zweifelhaftigkeit der Frage, ob dieses staatliche Interesse an ungehemmter Bevölkerungszunahme überhaupt vorhanden ist[19]).

Es ist zuzugeben[20]), daß bei Bestrafung der Abtreibung unter dem Gesichtspunkte einer Verletzung des staatlichen Populationsinteresses der Staat auch, streng genommen, Selbstunfruchtbarmachung, unter Umständen Ehelosigkeit und vor allem die Anwendung konzeptionsverhütender Mittel unter Strafe stellen müßte. Daß ein Hervorzerren dieser internsten Dinge des Sexuallebens vor das Forum der Justiz undenkbar ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Trotzdem vermag ich den Worten Radbruchs (a. a. O.) „Scheut man diese Konsequenz, so wird man sich einzugestehen haben, daß die Prämisse[21]) auf Selbsttäuschung beruhe", nicht zuzustimmen, würde vielmehr im Falle nachweislich vorhandenen Populationsinteresses gegen die Krimi-

---

[19]) Das populationistische Moment als Rechtfertigung der Abtreibungsstrafe wird vor allem erörtert von Schultzenstein S. 411ff., Camilla Jellinek S. 607ff., E. v. Liszt S. 39ff., Radbruch S. 160, Polag S. 61ff., 83ff., Meissner S. 18ff., 30ff., Schneickert S. 120, 123, Hiller S. 98ff., Grabowsky S. 101, 103ff., Horch - v. Franqué S. 9, 15, 21 und 28, Ehinger - Kimmig S. 98ff. und Kohler, Einführung S. 226.

[20]) Vgl. insbes. Radbruch S. 160, E. v. Liszt S. 42.

[21]) scil. die Rechtfertigung der Abtreibungsstrafe durch das Populationsinteresse.

Vgl. auch Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht S. 22.

nalität der Abtreibung — bei Straflosigkeit der Empfängnisverhütung — nicht die geringsten Bedenken haben, wenn der Staat die Bestrafung der Abtreibung als des intensivsten und erkennbarsten Verstoßes gegen sein Populationsinteresse zur Wahrung dieses Interesses für ausreichend erachtet.

Um einen speziellen Gesichtspunkt vorwegzunehmen, so muß betont werden, daß das staatliche Bevölkerungsinteresse die unbedingt zu fordernde Straffreiheit der Unterbrechung einer durch ein Verbrechen, insbesondere durch Notzucht, hervorgerufenen Schwangerschaft jedenfalls verträgt[22]).

Aber auch an der Geburt von Kindern, bei denen nach medizinischer Erfahrung eine Vererbung schwerer chronischer Leiden eines oder beider Elternteile zu erwarten wäre, muß das Bevölkerungsinteresse seine notwendige Grenze finden, da das Interesse vernünftigerweise doch mindestens in gleichem Maße auf die Qualität wie auf die Quantität des Nachwuchess gerichtet sein muß[23]).

Endlich muß der häufig ausgesprochenen Forderung der straflosen Abtreibung einer außerhalb der Ehe konzipierten Frucht mit Entschiedenheit zugestimmt werden, da es jedem Billigkeitsgefühle widersprechen würde, könnte der Staat sein Bevölkerungsinteresse auch in den Fällen durch Bestrafung der Abtreibung zum Ausdruck bringen, in denen er Mutter und Kind moralischen wie sozialen Schutz versagt. Solange die uneheliche Mutterschaft noch von Staats wegen geächtet ist, kann der Staat sein — in jeder sonstigen Beziehung negiertes — Interesse an diesem Nachwuchs unmöglich in die Form einer Bestrafung der Abtreibung kleiden.

Wird das etwaige Populationsinteresse des Staates schon in diesen einzelnen Punkten stark durchlöchert, so muß schließlich die Frage, ob es überhaupt in einer die Kriminalität

---

[22]) Hierüber insbes. Horch-v. Franqué S. 34, 59, 62, Katharina Scheven in „Petition des Bundes Deutscher Frauenvereine" S. 50 und Schneickert S. 131. — Auch Hebbel wirft anläßlich des Judithproblems diese Frage auf (Tagebücher, Januar 1839).

[23]) Über diese rassehygienischen Indikationen Katharina Scheven a. a. O. S. 49, Camilla Jellinek S. 609.

der Abtreibung rechtfertigenden zweifelsfreien Weise besteht, entschieden verneint werden. Eine Erörterung und Stellungnahme zu dem heiß umstrittenen Bevölkerungsproblem ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich; es genügt der Hinweis auf die Tatsache, daß Malthus und der Neu-Malthusianismus heute noch keineswegs überwundene Größen sind, daß sich vielmehr in der wissenschaftlichen Nationalökonomie Anhänger- und Gegnerschaft der Malthusschen Bevölkerungslehre etwa das Gleichgewicht halten. Die Frage, ob unter unseren heutigen Verhältnissen ungehemmte Bevölkerungszunahme ein kultureller Segen ist, ist daher eine noch keineswegs gelöste. Würde also die Beseitigung der Abtreibungsstrafe selbst nachweislich eine starke Hemmung der Bevölkerungszunahme zur Folge haben, so würde es nach den heutigen Anschauungen doch zum mindesten zweifelhaft sein, ob darin eine Schädigung des staatlichen Bevölkerungsinteresses zu erblicken wäre. Und in diesem Punkte stimme ich mit Hiller überein: „der problematische Boden ist wahrlich nicht geeignet, der Gesetzgebung zum Fundament zu dienen"; ein Interesse, dessen Daseinsberechtigung heute noch so stark bezweifelt wird, mit strafrechtlichem Schutz auszustatten, ist nicht angängig.

Dazu kommt eben der weitere Umstand, daß die Frage, ob bei Freigabe der Abtreibung überhaupt eine bemerkenswerte Hemmung der Bevölkerungszunahme eintreten würde, mangels jeglicher praktischen Erfahrung noch ungeklärt und auch nicht mit einiger Sicherheit zu beantworten ist.

Es ist häufig darauf hingewiesen worden, daß von tausend Abtreibungshandlungen in Deutschland höchstens eine zur Anklage komme und daß die hierin zum Ausdruck gelangende Ohnmacht der staatlichen Strafbestimmungen das Ansehen des Gesetzes schädige[24]). Ich kann dieser Erwägung nicht unbedingt zustimmen, da sie die Möglichkeit unberücksichtigt läßt, daß vielleicht weitere tausend Abtreibungen aus Furcht vor der staatlichen Strafe nicht begangen werden.

Gegenüber der Frage, ob und in welchem Umfange eine Beseitigung der Abtreibungsstrafe die Abtreibungen vermehren

[24]) So Radbruch S. 160, Ehinger-Kimmig S. 109 und Lewin S. 7, der sogar von einer Verhöhnung des Gesetzes spricht.

würde, ist man bei dem Fehlen eigener Erfahrung und der geringen Beweiskraft der in anderen Ländern, bei Völkern von anderem Temperament und Nationalcharakter gemachten Erfahrungen mehr oder minder auf Vermutungen angewiesen. Jedenfalls steckt in der Auffassung Grabowskys[25]) ein richtiger und gesunder Kern, wenn er meint, „daß bei der Anlage unseres Volkes ein Hineinfallen in die Übertreibungen Frankreichs[26]) nicht zu befürchten ist. Hier spielen eben die Unterschiede der Nationen eine Rolle. Im deutschen Volke lebt nun einmal die Freude am Kindersegen, und durch die Modifizierung eines Gesetzesparagraphen wird diese psychologische Tatsache nicht aus der Welt geschafft. Wenn trotz dieser seelischen Disposition die Abtreibung so stark im Schwange ist, so zeigt sich daraus am besten, daß frivole Motive hierbei nicht im Spiel sind, daß vielmehr solches Vorgehen oft genug als Notwendigkeit empfunden werden mag".

Das Ergebnis der Untersuchung, ob das Populationsinteresse des Deutschen Reichs die Kriminalität der Abtreibung fordert, ist also ein negatives, da es mangels einschlägiger Erfahrung fraglich ist,

1. ob bei Straffreiheit der Abtreibung eine erhebliche Hemmung der Bevölkerungszunahme eintreten würde,
2. ob — selbst im Falle des Eintritts einer solchen Hemmung — hierin eine Schädigung der kulturellen Entwicklung zu erblicken wäre,

die Abtreibungsstrafe aber unter dem Gesichtspunkte einer Verletzung des Populationsinteresses nur bei einer — wenigstens annähernd — zweifelsfreien Bejahung dieser beiden Fragen gerechtfertigt wäre.

Versagt schon der der Begründung der Abtreibungsstrafe dienende gehaltvollste prinzipielle Gesichtspunkt, so kann einzelnen für die Beibehaltung der Strafbestimmungen sprechenden Erwägungen eine ausschlaggebende Bedeutung nicht

---

[25]) Das Recht über sich selbst S. 104.

[26]) wo übrigens, wie die geschichtliche Darstellung gezeigt, nicht etwa die Abtreibung straffrei ist, vielmehr unter der Herrschaft des „Zweikindersystems" mit Empfängnisverhütung und Unfruchtbarmachung großer Mißbrauch getrieben wird. Vgl. die packende Schilderung in Zolas „Fécondité".

zukommen, zumal ihnen eine Reihe gegen die Strafbarkeit der Abtreibung sprechender Momente zum mindesten das Gleichgewicht hält.

Die wiederholt aufgestellten Behauptungen, die Straffreiheit der Abtreibung überhaupt sowie insbesondere der plötzliche Übergang von schwerer Bestrafung zu völliger Straflosigkeit würde Verrohung und Schädigung des sexuellen Verantwortlichkeitsgefühls bei beiden Geschlechtern, Entartung des natürlichen Muttergefühls sowie eheliche Konflikte u. a. zur Folge haben[27]), sind zwar nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen; vor allem aber würden etwaige Schäden — soweit die Wirkung einer derartigen Freigabe überhaupt abzusehen ist — von den mit der Straffreiheit verbundenen Segnungen übertroffen werden:

Verringerung des sozialen Elends durch Beschränkung der Kinderzahl in den unteren Volksschichten und die damit verbundene Hebung der Volksgesundheit, Einschränkung der Säuglingssterblichkeit und der Kindesmorde, Verminderung der Zahl der unehelichen Kinder (die unter den gegenwärtigen Verhältnissen noch einen erheblichen Prozentsatz des gewerbsmäßigen Verbrechertums bilden) wären die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartenden bedeutsamsten sozialen Folgeerscheinungen einer Abschaffung der Kriminalität der mit Willen der Schwangeren vorgenommenen Abtreibung.

Auf den Einwand, daß die Freigabe der Abtreibung die weibliche Gesundheit zu untergraben geeignet sei, ist zu erwidern, daß es um diese Gesundheit immer noch besser bestellt sein dürfte, wenn, statt daß (wie heute) tausend Abtreibungen von der Schwangeren selbst. Kurpfuschern oder weisen Frauen vorgenommen werden, künftighin selbst die doppelte Anzahl der Hand kundiger Ärzte anvertraut wird. Und dies wäre aller Voraussicht nach eine weitere Folge der Straffreiheit, daß, wo heute tagscheues Gesindel sein verbotenes Handwerk treibt, künftig wissenschaftlich gebildete Ärzte die erlaubten Eingriffe vornehmen. Allerdings müßte mit allen

---

[27]) Vgl. Horch - v. Franqué S. 15, Katharina Scheven a. a. O. S. 47.

dem Gesetzgeber zu Gebote stehenden Mitteln darauf hingearbeitet werden, daß Schwangerschaftsunterbrechungen auch tatsächlich ausschließlich von Ärzten bewirkt werden. Dies könnte der vorzugsweise interessierten ärmeren Bevölkerung durch Festsetzung einer niedrigen gesetzlichen Taxe[28]) ermöglicht, würde insbesondere auch durch gesetzliches Einschreiten gegen das Kurpfuschertum und strengere polizeiliche Überwachung der diesbezüglichen Zeitungsreklame wirksam unterstützt werden.

Es ist allerdings nicht völlig abzusehen, ob und in welchem Umfang eine zukünftige Straffreiheit der Abtreibung von solchen Frauen mißbraucht werden würde, die nach ihrer körperlichen Beschaffenheit und materiellen Lage zur Austragung eines jeden Kindes befähigt und somit verpflichtet wären. Zwar glaube ich kaum, daß die Freigabe der Abtreibung in dieser Hinsicht große Mißstände zeitigen würde. Zunächst ist die Abtreibung, wie man es einmal etwas drastisch ausgedrückt hat, jedenfalls „kein Vergnügen", und antikonzeptionelle Mittel werden gerade bei den „oberen Zehntausend" stets in erster Linie zur Regulierung der Geburtenziffer dienen. Vor allem aber darf man wohl zu der natürlichen Stärke der Mutterschaftssehnsucht und des Muttergefühls bei der überwiegenden Mehrzahl der deutschen Frauen ein gewisses Vertrauen haben und weiterhin dem Gedanken Ausdruck geben, daß dem Staate an dem Nachwuchs einer Frau, die ihr mangelndes Muttergefühl durch mißbräuchliche Schwangerschaftsunterbrechungen betätigt, unter dem evolutionistischen Gesichtspunkte der Rassenveredlung kaum etwas gelegen sein kann. Man denke an das kraftvolle Geschlecht, das die von der Heiligkeit der Mutterschaft tiefdurchdrungene „Marianne" in Zolas „Fécondité" heranzieht und an die körperliche und seelische Schwächlichkeit der dort geschilderten Frauen, die aus Abneigung gegen die Mutterschaft und zwecks Erleichterung ihrer sexuellen Vergnügungen zu dem Mittel künstlicher Sterilisation greifen. — Immerhin wäre es mit Freuden zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber eine Formel fände, um derartige Mißbräuche begüterter und gesunder Frauen zu

[28]) Meissner a. a. O. S. 46.

ahnden, und ich stimme den Worten Meißners[29]) „. . . . wenn es denkbar wäre, solche Frauen mit der Macht des Gesetzes an ihre Pflicht zu erinnern, so wäre dies wahrlich wichtiger als eine arme Arbeiterfrau zu strafen, weil sie als Mutter von fünf hungernden Kindern den Versuch gemacht hat, das werdende sechste Kind abzutreiben", restlos zu[30]).

Jedoch ist an der grundsätzlichen Abschaffung der Abtreibungsstrafe festzuhalten. Ich bin weit davon entfernt, den Standpunkt einiger Frauenrechtlerinnen zu teilen, die ihre Forderung in erster Reihe mit der „logischen" Erwägung begründen, daß die Kriminalität der Abtreibung ein rechtswidriger Eingriff in das der Frau wie jedem Menschen zustehende freie Dispositionsrecht über ihren eigenen Körper sei; ich hege keinen Zweifel, daß die freie Disposition in dem die Allgemeinheit berührenden eigenartigen Falle der Schwangerschaft ihre natürliche Grenze in dem allgemeinen Interesse findet. Doch sind derartige Untersuchungen erfreulicherweise müßig; das natürliche Triebleben erspart uns die Beantwortung der Frage, ob der Frau eine moralische Pflicht zur Mutterschaft obliegt.

Vielmehr sind es eben die — etwaige Bedenken überwiegenden — erheblichen sozialen Indikationen, die uns mahnen, es mit einer Aufhebung der Abtreibungsstrafe zu versuchen. Den Charakter eines Versuchs hätte eine der-

---

[29]) S. 60.

[30]) Es soll nicht verschwiegen werden, daß in den Reformvorschlägen der Gedanke einer Teilung der Schwangerschaft in zwei Perioden, und zwar in dem Sinne, daß die Straflosigkeit der mit Willen der Schwangeren bewirkten Abtreibung bis zu einem gewissen Zeitpunkt der Schwangerschaft gewünscht wird, einen breiten Raum einnimmt (vgl. u. a. E. v. Liszt S. 89, Schneickert S. 130, Grabowsky S. 100, Ehinger-Kimmig S. 111, Horch-v. Franqué S. 30, v. Streitberg S. 27 und Camilla Jellinek S. 605). Fast mutet dies wie eine Rückkehr zu der alten stoizistischen Scheidung an. Doch ist naturgemäß von einer „Beseelung" des Fötus in diesen Vorschlägen nicht die Rede, vielmehr wird im allgemeinen die ungefähre Normierung des Zeitpunktes verlangt, in dem der Embryo bei eintretender Frühgeburt bereits lebensfähig sein würde, also etwa das Ende des siebenten Schwangerschaftsmonats. Meinem Gefühle widerspricht es, irgendeinem, auch diesem Momente der Schwangerschaft eine derart grundsätzliche Bedeutung beizumessen.

artige Freigabe der Abtreibung auch unter dem oben erörterten bevölkerungspolitischen Gesichtspunkte, dessen — zur Zeit problematische — Berechtigung nur durch etwaige bei Straffreiheit der Abtreibung gemachte populationistische Erfahrungen dargetan werden könnte.

So wenig ich nach alledem von der unbedingten und endgültigen Begründetheit der auf Beseitigung der Abtreibungsstrafe gerichteten Forderung durchdrungen bin, so fraglos erscheint es mir, daß die soziale Berechtigung der Kriminalität der mit Willen der Schwangeren vorgenommenen Abtreibung (wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben) heute mehr als zweifelhaft ist. Die Folge hiervon ist das entschiedene Verlangen, die Abtreibungsstrafe zu beseitigen. Daß eine derartige gesetzgeberische Maßnahme unter Umständen nur einen vorläufigen Charakter hat, daß wir damit rechnen müssen, durch die mit dieser Maßnahme gemachten bevölkerungspolitischen und sonstigen Erfahrungen vielleicht eines Besseren belehrt zu werden, tut der Würde dieser Forderung keinen Eintrag. Auf ein Experimentieren sind wir mehr oder weniger bei jeder legislativen Tat angewiesen. Aber „in dubio pro reo"; solange die Berechtigung der Abtreibungsstrafe uns zweifelhaft ist, muß Straffreiheit eintreten; den unter der Ära der Straffreiheit zu machenden Erfahrungen liegt die Beweislast für die eventuelle Berechtigung der Abtreibungsstrafe ob. —

Daß die Kriminalität der ohne Wissen und Willen der Schwangeren bewirkten Abtreibung als eines willkürlichen Eingriffs in ihre körperliche Integrität sowie in die Freiheit ihrer geschlechtlichen Funktionen notwendig beibehalten werden muß, wird von keiner Seite in Zweifel gezogen.